UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2017 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXV

Анали Правног факултета у Београду

Година LXV, бр. 2/2017, стр. 1–193

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ПРИКАЗИ

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXV, No. 2, 2017, pp. 1–193

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

BOOK REVIEWS

ЧЛАНЦИ

УДК 336.226.142.2

CERIF: S141

Др Дејан Поповић*

Др Гордана Илић Попов**

ОПОРЕЗИВАЊЕ КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА ОД ПРЕНОСА АКЦИЈА УЗ НАКНАДУ

Предмет овог рада је порески третман капиталних добитака привредних друштава од продаје акција и удела, како у националном, тако и уговорном пореском праву. Аутори указују на то да Аутентично тумачење чл. 27 Закона о порезу на добит правних лица отвара простор за опорезивање и потенцијалног, а не само реализованог капиталног добитка, из чега проистичу штетне последице. На основу упоредноправне анализе, они предлажу мере за отклањање постојећег економског двоструког опорезивања и залажу се за пружање кредита за порез на капиталне добитке плаћен у иностранству. Ради спречавања пореске евазије, сугерише се увођење јемства за резидентно привредно друштво када од њега нерезидентно друштво оствари капитални добитак, а не поднесе пореску пријаву. На основу анализе важећих пореских уговора Србије закључено је да се у њих 28 налази само опште колизионо правило, којим се право опорезивања капиталног добитка од отуђења акција или удела препушта искључиво држави резидентства лица које је отуђило акције, односно уделе, док је у преосталих 30 предвиђено и допунско колизионо правило.

Кључне речи: *Капитални добитак. – Акције. – Удели у капиталу. – Порез на капиталне добитке. – Уговори о избегавању двоструког опорезивања.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dejan.popovic@ius.bg. ac.rs*

** Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gordana@ius.bg. ac.rs*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Капитални добитак је приход од увећања вредности појединих права из састава обвезникове имовине.[1] У овом чланку пажњу ћемо усредсредити само на капиталне добитке које оствари привредно друштво од отуђења акција, односно удела у српском пореском праву, с освртом на упоредноправна решења и, посебно, на концепт реализације као предуслов за њихово опорезивање. Из анализе ћемо изоставити порескоправни третман капиталних добитака у случају статусних промена, као и оних који настану када ортачко друштво продаје уделе у другом привредном друштву. Указаћемо на проблеме економског двоструког опорезивања и на непризнавање кредита за порез плаћен у иностранству, које смо уочили као главне недостатке порескоправног уређења капиталних добитака од отуђења акција у важећем домаћем материјалном праву. Истражићемо, такође, ситуацију када капиталне добитке оствари нерезидентно правно лице, било од резидентног правног лица или од другог нерезидентног правног лица, на територији Србије. Анализа ће обухватити и третман капиталних добитака од преноса уз накнаду те имовине привредног друштва у уговорима о избегавању двоструког опорезивања.

1. КАПИТАЛНИ ДОБИЦИ ОД ОТУЂЕЊА АКЦИЈА У НАЦИОНАЛНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

1.1. Дефинисање капиталног добитка

У српском пореском праву примењен је приступ, обрнут ономе који, на пример, важи у америчком пореском праву,[2] па се само она средства која су изричито наведена у закону сматрају „капиталним средствима“, чијом продајом или другим преносом уз накнаду може да настане капитални добитак.[3] Он представља позитивну разлику између продајне цене тих средстава и њихове набавне цене.[4]

---

[1] Вид. фн. 3.

[2] Начелно се сва средства друштва сматрају „капиталним“, осим оних која су изричито изузета у чл. 1221 *Internal Revenue Code*. Вид. *https://www.law.cornell.edu/uscode/text/ 26/1211*, 20. децембар 2016.

[3] То су: 1) непокретности које је обвезник користио, односно које користи као основно средство за обављање делатности, укључујући и непокретности у изградњи (за нерезидентног обвезника не важи услов да је непокретност морао да користи за обављање делатности); 2) права индустријске својине; 3) удели у капиталу правних лица и акције и остале хартије од вредности, које представљају дугорочне финансијске пласмане, осим обвезница јавних зајмова; 4) инвестиционе јединице откупљене од отвореног инвестиционог фонда. Вид. чл. 27, ст. 1 и 2 Закона о порезу на добит правних лица – ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, ..., 112/15.

[4] ЗПДПЛ, чл. 27, ст. 3 и 4.

Продајном ценом се сматра уговорена цена, односно, у случају продаје повезаном лицу, тржишна цена ако је уговорена цена нижа од тржишне.

Када је у питању набавна цена[5] акција којима се тргује на организованом тржишту, то је цена коју обвезник документује као стварно плаћену,[6] а ако не поседује одговарајућу документацију – најнижа тржишна цена остварена на организованом тржишту у периоду од годину дана који претходи продаји те хартије од вредности (даље: *ХОВ*) или у периоду трговања, уколико се трговало краће од годину дана. Набавна цена акција којима се не тргује на организованом тржишту јесте цена коју обвезник документује као стварно плаћену, односно њихова номинална вредност. Набавну цену акција прибављених путем оснивачког улога или његовим повећањем[7] чини тржишна цена на дан уноса улога или, уколико таква цена није била формирана, номинална вредност ХОВ на дан уноса улога.

Уставни суд Србије стоји на становишту да изостављање одбитка тзв. додатних трошкова из разлике између продајне и набавне цене, које обвезници имају приликом куповине и продаје акција, није у супротности с Уставом. Начин на који ће бити одређена пореска основица, као и дефинисање елемената за утврђивање набавне, односно продајне цене ХОВ-а, према оцени Суда, искључиво је ствар законодавне политике.[8]

Капитални добитак се укључује у опорезиву добит правног лица. У случају да је обвезник при продаји једног права из имовине остварио негативну разлику између продајне и набавне цене тог права, капитални губитак може да се пребије са капиталним добитком оствареним при продаји другог права из имовине у истој години. Ако се и након тога искаже капитални губитак, он се пребија на рачун будућих *капиталних добитака* у наредних пет година.[9]

Иако се обвезником пореза на добит правних лица генерално сматра и резидент и нерезидент,[10] а чл. 27, ст. 1 ЗПДПЛ говори о *обвезнику* који остварује капитални добитак (не разликујући резидента од нерезидента), при чему у чл. 30 ЗПДПЛ нема назнака о евентуалном дркучијем третирању нерезидентног обвезника у односу на резидентног, Министарство финансија сматра да нерезидент нема право на пребијање.[11] Чини се да, иако не стоји тврдња да се

[5] ЗПДПЛ, чл. 29, ст. 7–10.

[6] Исто и за уделе у капиталу.

[7] Исто и за уделе у капиталу.

[8] Решење Уставног суда IУз-207/2008 од 10. септембра 2009. године.

[9] Чл. 30 ЗПДПЛ.

[10] Чл. 2 и 3 ЗПДПЛ.

[11] Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430–07–367/2011-04, од 22. јула 2011. године.

„чл. 30 ЗПДПЛ односи (искључиво) на резидентног обвезника", Министарство с правом указује на карактер чл. 40, ст. 3 и 4 ЗПДПЛ као *lex specialis*-а у односу на опште законске одредбе о капиталним добицима, а у том члану, који уређује *начин опорезивања прихода нерезидената по основу капиталних добитака*, нема норме која би допуштала пребијање капиталних губитака са капиталним добицима. Но, сматрамо да такво решење неоправдано дискриминише нерезидентне обвезнике.

Слично већини других законодавстава, у српском праву се приход остварен трговином акцијама као делатношћу не сматра капиталним добитком, већ приходом од пословања.[12] Уколико обвезник (брокерско-дилерско друштво) купује ХОВ, са намером да их у кратком року поново прода, ради стицања добитка на разлици у цени, а у пословним књигама их евидентира као ХОВ којима се тргује, Министарство финансија сматра да продајом таквих ХОВ обвезник не остварује капитални добитак, већ пословне приходе од продаје.[13] Иако је пореска стопа иста (15%), порески третман обвезника у другом случају је повољнији: (1) пословни губици могу се пребијати са добити утврђеном у пореском билансу из будућих обрачунских периода, док се капитални губици, поновимо, могу пребијати само са будућим капиталним добицима (чије појављивање зависи од тога да ли ће обвезник уопште улазити у одговарајуће *ad hoc* трансакције); (2) нерезидентни обвезник може користити могућност преношења пословних губитака унапред, која му је, пак, ускраћена за капиталне добитке. Тиме није остварен циљ постављен у теорији јавних финансија да би капитални добици требало да имају привилегован третман. Наиме, ако су добици опорезиви, а губици се могу одбити, јавиће се тенденција „затварања" привредног друштва (енг. *lock-in effect*) у виду задржавања апресиране имовине и продаје амортизованих средстава. Та околност упућује на потребу преференцијалног пореског третмана капиталних добитака.[14] Међутим, у српском праву није предвиђена нижа пореска стопа, већ се нето капитални добици укључују у опорезиву добит. Отуда би, уколико се не жели увођење новог пореза који би по сниженој стопи погађао капиталне добит-

[12] Elie S. Roth, „Canada", *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2013, 483; Edouard-Jean Navez, „Belgium", *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2013, 415.

[13] Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430–03–00325/2010–04, од 28. децембра 2010. године.

[14] Martin Feldstein, *Capital Taxation*, Harvard University Press, Cambridge 1983, 251. Супротан став заступа Richard Goode, „Key Issues in the Reform of Personal Income Tax", *The Personal Income Tax: Phoenix from the Ashes?* (eds. Sijbren Cnossen, Richard M. Bird), North-Holland, Amsterdam 1990, 66.

ке (јер би то додатно компликовало порески систем), барем требало предузети мере којима би се отклонило постојеће дискриминисање капиталних добитака, о чему ће даље бити речи.

1.2. Реализовани или потенцијални капитални добитак?

Упоредноправно посматрано, у пореским реформама није придаван већи значај идеји да се капитални добитак опорезује на бази обрачунског приступа (енг. *accrual approach*).[15] Наиме, практично је немогуће утврдити капитални добитак у моменту када вредност имовине „потенцијално" порасте; нужно је сачекати моменат реализације. Годишње вредновање средстава ради утврђивања потенцијалног капиталног добитка представљало би административну препреку, како за обвезнике, који би претходно морали да доставе пореском органу релевантне податке о приликама на тржишту, тако и за пореску управу.[16] Сем тога, тек реализацијом обвезник добија готовину из које може да подмири пореску обавезу.[17] И српски се законодавац држао приступа реализације, о чему сведочи формулација чл. 27, ст. 1 ЗПДПЛ: „Капитални добитак обвезник *остварује* продајом, односно другим преносом уз накнаду."

У специфичној ситуацији уноса неновчаног улога у виду акција у привредном друштву у капитал зависног једночланог привредног друштва отворило се питање да ли је реч о преносу акција уз накнаду. Вишегодишња пракса Пореске управе, заснована на ставу Министарства финансија и економије,[18] била је да није реч о опорезивој трансакцији јер власнички удео у зависном привредном друштву остаје непромењен. Тадашња верзија Закона о порезу на добит предузећа[19] није садржала ниједну одредбу која би ту ситуацију третирала на начин који би одступао од општег режима (не)опорезивања капиталног добитка. Како српско пореско право није детаљно разрађено као, на пример, америчко, објашњење надлежног министарства из 2002. године заснивало се на одредби чл. 351 (а) *Internal Revenue Code*-а, према којој „нема капиталног добитка или губитка ако лице имовину (укључујући акције) уложи у неко

15 Упор. Boris L. Bittker, Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, Vol. 1, Warren, Gorham & Lamont, Boston 1999, 3–42 – 3–43.

16 Пореска управа би морала периодично да доноси решење о потенцијалном капиталном добитку за сваки пакет акција или за сваку непокретност, па и за оне које не мењају власника.

17 John R. King, „Taxation of Capital Gains", *Tax Policy Handbook* (ed. Parthasarathi Shome), IMF, Washington D. C. 1995, 156–157.

18 Вид. Објашњење Министарства финансија и економије РС у вези са обавезом плаћања капиталне добити приликом оснивања предузећа, бр. 430–07–306/2002–04, од 2. октобра 2002. године.

19 *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 84/04.

привредно друштво искључиво у замену за уделе у том друштву и ако одмах после те замене има контролу над тим привредним друштвом“. Пореска управа је при опорезивању капиталних добитака *правних лица* примењивала тај приступ све док у марту 2010. године на снагу није ступила одредба чл. 21 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит предузећа,[20] која је и даље важећа, а по којој, да поновимо, набавну цену ХОВ прибављених путем оснивачког улога или његовим повећањем чини тржишна цена, односно номинална вредност ХОВ, на дан уноса улога. Када је реч о нерезидентном правном лицу, које *улаже* акције које има у трећем лицу у зависном привредном друштву, та одредба може да доведе до исхода до којег је доводила и примена приступа из поменутог Објашњења. Ако је нерезидентни обвезник своју набавну вредност акција кориговао на процењену, односно фер вредност, при чему је та промена исказана као приход периода у којем је извршена, приход остварен таквом променом не би подлегао српском порезу јер је у питању нерезидент, који би могао бити опорезован само у јурисдикцији свога резидентства. На нивоу нерезидентног обвезника, набавна и продајна цена акција које се улажу као неновчани улог у зависно привредно друштво отуда би могле да буду исте, те капиталног добитка не би ни било. Но, према нашем мишљењу, ради спречавања евентуалне пореске евазије, ипак би постојала обавеза подношења пореске пријаве из чл. 40, ст. 9 ЗПДПЛ.

Крајем 2015. године, Народна скупштина је дала аутентично тумачење чл. 27 ЗПДПЛ,[21] у којем је, између осталог, наведено да када правно лице (резидентно, односно нерезидентно) врши унос имовине као неновчани улог (на пример, акције) и врши повећање основног капитала, односно свог удела у зависном резидентном правном лицу, одредбе члана 27 Закона треба разумети тако да је извршен пренос имовине уз накнаду. „Уколико постоји разлика између вредности по којој је обвезник стекао предметну имовину и вредности по којој је она евидентирана у пословним књигама зависног правног лица, сматра се да је дошло до капиталног добитка у смислу члана 27. Закона.“ То аутентично тумачење је одлучујуће утицало на став Управног суда у његовој пресуди 5У.14047/13, од 3. новембра 2016. године, по тужби ради поништаја пореског решења донетог 24. јула 2013. године, у којој је он дословно преузео наведени текст тумачења.

Међутим, етаблирана је пракса Европског суда за људска права да се аутентично тумачење не може примењивати када утиче на судске предмете који су у току јер је у том смислу оно супротно Европској

20 *Службени гласник РС*, бр. 18/10.

21 *Службени гласник РС*, бр. 91/15.

конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (даље: *ЕКЉП*). Илустрације ради, у пресуди у случају *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*,[22] Суд је констатовао да је нарушено право на правично суђење из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП када се аутентичним тумачењем које доноси Парламент интервенише у поступке у току (пендентне поступке). Исти став Суд је имао и у случају *Agoudimos and Cefallonian Sky Shipping Co. v. Greece*,[23] када је, не оспоравајући право законодавцу да доноси аутентично тумачење са ретроактивним дејством да би уредио питање које произлази из важећег права, истакао да је неприхватљиво то што је доношење интерпретативног закона док је поступак био у току одредило суштину спора. Таква позиција Европског суда за људска права, која је релевантна и за српско правосуђе јер је Србија приступила ЕКЉП и ратификовала је, *a fortiori* се односи и на аутентично тумачење, уређено у чл. 194 и 195 Пословника Народне скупштине Републике Србије.[24]

Узет сâм по себи, управни спор *у пореској материји* не би потпадао под „поступак утврђивања грађанских права и обавеза или кривичних оптужби“, за који чл. 6, ст. 1 ЕКЉП пружа гаранцију у погледу права на правично суђење. Међутим, у случају *Janosevic v. Sweden*[25] став Суда је да, када се у спору у вези са пореским решењем ради и о затезним каматама и новчаним казнама, чл. 6, ст. 1 ЕКЉП има применити и на такав управни спор. А оспореним решењем Пореске управе утврђен је и износ затезне камате, а потенцијално и новчана казна.

Закључујемо да аутентично тумачење, донето да би се један конкретан порески предмет на одређени начин решио,[26] не би могло да оствари такав циљ у светлу праксе Европског суда за људска права јер одређује суштину спора у пендентном судском поступку. Ван тога, када се порески догађај десио пре ступања на снагу аутентичног тумачења, а порески поступак (са наведеним пеналним импликацијама) није започео, као и *pro futuro*, створена је нова порескоправна ситуација за обвезника који врши унос имовине као неновчани улог (на пример, акције) и повећава основни капитал, односно вредност свог удела у зависном резидентном правном лицу. Тако је „на мала врата“ уведено опорезивање *потенцијалног*, а не само реализованог капиталног добитка, супротно решењима која се

22 ECtHR, Case 22/1993/417/496, 9. 12. 1994, para. 49 и 50.

23 ECtHR, Case 38703/97, 28. 6. 2001, para. 30 и 33.

24 Доступно на: *www.parlament.gov.rs*, 28. 12. 2016.

25 ECtHR, Case 34619/97, 23. 7. 2002, para. 68–71.

26 О чему сведоче речи на крају поменутог аутентичног тумачења: „(страно нерезидентно правно лице је регистровано као приватно предузеће са ограниченом одговорношћу у Холандским Антилима)“.

срећу у упоредном праву. Уколико се жели да се спречи нелегитимна законита пореска евазија у случају када порески обвезник, у намери да избегне порез на капитални добитак од продаје акција, прво уложи акције као неновчани улог у привредно друштво (што је до ступања на снагу аутентичног тумачења представљало неопорезиву трансакцију), па их затим прода трећем лицу (што јесте опорезив догађај) по цени готово истој оној која одговара процењеној вредности акција на дан улагања, онда би *de lege ferenda* требало изричито прописати: (1) да нема капиталног добитка ако привредно друштво А акције уложи у привредно друштво Б искључиво у замену за уделе у том друштву и ако одмах после те замене има контролу над њиме; и (2) да ће капитални добитак настао даљом продајом тих акција бити једнак разлици између продајне цене и цене по којој је привредно друштво А те акције набавило. На тај начин би се опорезовала *целокупна* апресијација акција (од момента када их привредно друштво А набави до моменте њихове продаје), али би настанак пореске обавезе био одложен до момента реализације. Требало би, уз то, предвидети искључивање ефеката кориговања на процењену, односно фер вредност у пореском билансу.

2. НЕДОСТАЦИ РЕЖИМА ОПОРЕЗИВАЊА КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА ОД ОТУЂЕЊА АКЦИЈА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

2.1. Економско двоструко опорезивање

У случајевима када се као акционар појављује привредно друштво, обе врсте прихода по основу акција, и дивиденде и капитални добици, могу бити изложени економском двоструком опорезивању.[27] Код дивиденди ће прво бити плаћен порез на добит исплатиоца прихода (филијале), а затим ће порез бити плаћен још једном, када се дивиденде укључе у опорезиву добит примаоца (матичне компаније); капитални добици се најпре опорезују као део опорезиве добити компаније, а затим и када добит после опорезивања буде расподељена акционарима.

Да би се елиминисало штетно дејство економског двоструког опорезивања, у упоредном пореском праву срећу се два механизма: (1) афилијациона привилегија, која се састоји у изузимању примљених дивиденди, односно капиталних добитака из основице пореза на добит матичне компаније; и (2) индиректни порески кредит, који допушта да се од пореза на добит матичне компаније (у коју

[27] Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2016, 242.

су укључени примљени приходи) одбије порез на добит филијале из које су те дивиденде, односно капитални добици исплаћени.

У бројним државама (Холандија, Немачка, Белгија и др.) међукомпанијске дивиденде и капитални добици подвргавају се у основи истом пореском третману применом афилијационе привилегије, осим уколико није друкчије предвиђено уговором о избегавању двоструког опорезивања. У неким националним правима, попут немачког, афилијациона привилегија ничим није условљена.[28] У француском праву, пак, та привилегија је опциона и подвргнута је одређеним условима, без обзира на резидентство филијале (холдинг период мора бити дужи од две године, учешће у капиталу најмање 5%, а изузимање се односи на 88% капиталних добитака, односно на 95% дивиденди).[29]

У мањем броју пореских система среће се комбинација афилијационе привилегије и индиректног пореског кредита. Тако се, на пример у Шпанији, када је исплатилац прихода резидент, и за дивиденде и за капиталне добитке примењује афилијациона привилегија (под условима да је учешће у капиталу најмање 5% или прелази 20 милиона евра и да је холдинг период био најмање годину дана). Када је исплатилац нерезидент, за дивиденде се примењује афилијациона привилегија, а ако прималац не испуњава поменуте услове – индиректни порески кредит. За капиталне добитке примењује се *pro rata* афилијациона привилегија.[30]

У српском пореском праву за међукомпанијске дивиденде се примењује афилијациона привилегија ако је исплатилац резидент, а индиректни порески кредит ако је филијала нерезидент, под условом да је холдинг период најмање годину дана и да је учешће у капиталу најмање 10%.[31] За капиталне добитке, међутим, српско право (као ни аустријско, када је филијала резидент[32]) не признаје ни афилијациону привилегију ни индиректни порески кредит. Они су, дакле, изложени пуном економском двоструком опорезивању. У аустријском праву се пажљиво повлачи линија разграничења између дивиденди и капиталних добитака, уз ослонац на *substance-over-form* доктрину,[33] па

[28] Доступно на: *https://dejure.org/gesetze/KStG/8b.html*, 3. јануар 2017.

[29] Вид. *https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-france highlights-2016.pdf*, 3. јануар 2017.

[30] Тј. у сразмери с учешћем у капиталу. Вид. *http://online.ibfd.org/kbase/*, 3. јануар 2017.

[31] ЗПДПЛ, чл. 53, ст. 1.

[32] Elisabeth Hütter, „Austria“, *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2013, 392.

[33] Упор. B. I. Bittker, L. Lokken, 4–34.

ће тако значајнија премија на акције нових акционара, расподељена у тесној вези са претходним акционарима, бити квалификована као капитални добитак, а не као дивиденда. Исто важи и за ликвидациони остатак.[34]

У случају ликвидације или стечаја привредног друштва, ликвидациони остатак,[35] односно вишак деобне масе[36] изнад вредности уложеног капитала, који се расподељује члановима привредног друштва над којим је окончан поступак ликвидације, односно закључен поступак стечаја, у српском праву не сматра се више капиталним добитком, као што је био случај до краја 2012. године,[37] него дивидендом.[38] То значи да ће се, ако је члан резидентно правно лице, применити изузимање, а ако је члан нерезидентно правно лице – порез по одбитку по стопи од 20% (осим уколико уговором о избегавању двоструког опорезивања није другчије предвиђено).

Настала не-неутралност услед економског двоструког опорезивања капиталног добитка изазива дисторзију у доношењу инвестиционих одлука тако што се фаворизују улагања која воде расподели дивиденди, уместо увећању вредности капитала. Ризик од сељења капитала из Србије повећан је у мери у којој је инвеститор рачунао на његову апресијацију. Наиме, ако његова зависна компанија – резидент Србије држи акције у резидентном или нерезидентном привредном друштву, па се после њиховог отуђења прво опорезује добит зависне компаније (продавца акција), а затим и дивиденда коју инвеститор оствари расподелом те добити, извесно је да неће желети да улаже у такве инвестиционе подухвате преко зависне компаније – резидента Србије.

2.2. Непостојање кредита за порез на капиталне добитке

Док економско двоструко опорезивање дискриминише капиталне добитке остварене отуђењем акција како у резидентном, тако и у нерезидентном привредном друштву, у српском пореском праву постоји и решење које подвргава неповољнијем третману само капиталне добитке од отуђења акција у нерезидентном правном лицу. Наиме, у чл. 53а ЗПДПЛ прописана је унилатерална мера за ублажавање двоструког опорезивања, по којој резидентни обвезник

34 E. Hütter, 392–393.

35 Закон о привредним друштвима, чл. 541, ст. 1, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, ..., 5/15.

36 Закон о стечају, чл. 138, ст. 1, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, ..., 83/14.

37 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица, чл. 15, *Службени гласник РС*, бр. 119/12.

38 ЗПДПЛ, чл. 35.

који из друге државе оствари приходе од камата, ауторских накнада, накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари, као и од дивиденди по основу портфолио инвестиција, на које је плаћен порез по одбитку у тој другој држави, може умањити обрачунати порез на добит правних лица у Србији за износ пореза по одбитку плаћеног у тој другој држави, при чему је тај порески кредит лимитиран до суме која би се добила применом стопе српског пореза на добит правних лица од 15% на основицу која одговара износу од 40% остварених прихода на које је у иностранству плаћен порез (то јест на 6% тих прихода).

У листи пореза који се могу одбити као порески кредит не налази се, међутим, порез на капитални добитак *en général*, па ни порез на капитални добитак од отуђења акција. Порески обвезник – резидент Србије који је остварио капитални добитак од продаје акција у другој држави има обавезу да тај приход укључи у свој светски доходак. Земља извора, такође, претендује да тај капитални доходак опорезује, па, у одсуству пореског кредита, настаје двоструко опорезивање кадгод не постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања.

Истина, у чл. 22 ЗПДПЛ предвиђено је да се у пореском билансу на терет расхода признају порези, доприноси, таксе и друге јавне дажбине *које не зависе од резултата пословања*, а које су плаћене у пореском периоду. Овде је реч о „методи одбитка иностраног пореза" за отклањање двоструког (правног) опорезивања, која је изложена оправданој критици да не елиминише већ само ублажава двоструко опорезивање, јер се у земљи резидентства умањење основице пореза на светски доходак остварује само у износу једнаком производу стопе пореза у земљи извора и дела дохотка који кореспондира том порезу.[39] Ако се пође од раније поменутог мишљења Министарства финансија да се приход остварен трговином акцијама *као делатношћу* не сматра капиталним добитком већ пословним приходом, могло би се *a contrario* закључити да порез на капитални добитак од *ad hoc* продаје акција представља „порез који не зависи од резултата пословања". Међутим, размере *ублажавања* двоструког опорезивања су непредвидљиве јер зависе од односа између пореских стопа у Србији и у земљи извора: што је пореска стопа у земљи извора виша, одбитак од пореске основице у Србији биће већи, али ће бити већи и износ иностраног пореза, а укупан порески терет једнак је збиру пореза плаћеног у Србији и пореза плаћеног у иностранству.

[39] Manuel Pires, *International Juridicial Double Taxation of Income*, Kluwer, Deventer 1990, 172.

3. ПОРЕЗ НА КАПИТАЛНИ ДОБИТАК КОЈИ ОСТВАРИ НЕРЕЗИДЕНТНО ПРАВНО ЛИЦЕ ОТУЂЕЊЕМ АКЦИЈА У РЕЗИДЕНТНОМ ПРАВНОМ ЛИЦУ

У чл. 40, ст. 6 и 9 ЗПДПЛ прописано је, *inter alia*, да се на приходе које оствари нерезидентно правно лице од резидентног правног лица или другог нерезидентног правног лица, на територији Републике, по основу капиталних добитака обрачунава и плаћа порез по решењу по стопи од 20%, ако међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено. Нерезидентно правно лице – прималац тих прихода дужно је да у року од 30 дана од дана остваривања прихода, посредством пореског пуномоћника, поднесе пореску пријаву надлежном пореском органу.

Остаје, међутим, отворено питање шта ће се догодити ако нерезидентно правно лице не одреди пореског пуномоћника, односно не поднесе пријаву за порез на остварени капитални добитак. Према нашем мишљењу, требало би прописати да је у том случају резидентно правно лице од којег је остварен капитални добитак супсидијерни јемац. Исто би важило и за друго нерезидентно правно лице продајом чије сталне пословне јединице (огранка) је на територији Србије остварен капитални добитак, при чему би имовина додељена том огранку била на располагању Пореској управи.

У ситуацији када се над нерезидентним правним лицем, које је власник удела у капиталу резидентног обвезника, спроведе поступак ликвидације, након којег право својине над тим уделом стекне друго нерезидентно правно лице (оснивач нерезидентног правног лица над којим је спроведен поступак ликвидације), не настаје обавеза по основу капиталног добитка јер се отуђење удела у том случају не сматра опорезивим догађајем.[40]

Уколико нерезидентно правно лице, као дужник из уговора о кредиту закљученом са другим нерезидентом, на име обезбеђења потраживања из предметног уговора о кредиту заложи акције резидентног привредног друштва које се налазе у његовом власништву, па не измири новчану обавезу према повериоцу – залогопримцу, а залогопримац, ради намирења свог доспелог а неизмиреног потраживања, изврши продају акција резидентног правног лица које су власништво залогодаваца, радиће се о преносу уз накнаду предметних акција. Позитивна разлика између цене акција, која је остварена њиховом продајом на територији Републике и набавне цене акција, представља опорезиви приход по основу капиталног добитка залогодавца (нерезидентног правног лица).[41]

[40] Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413–00–253/2016–04, од 9. новембра 2016. године.

[41] Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413–00–281/2012–04, од 24. априла 2012. године.

4. КАПИТАЛНИ ДОБИЦИ ОД ОТУЂЕЊА АКЦИЈА У ПОРЕСКИМ УГОВОРИМА СРБИЈЕ

4.1. Третман капиталних добитака од отуђења акција у чл. 13 Модел-конвенције ОЕЦД

„Мустра" по којој се могу формулисати колизиона правила за опорезивање капиталних добитака у одређеном уговору о избегавању двоструког опорезивања садржана је у чл. 13 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину[42] (даље: *Модел-конвенција* ОЕЦД). У том члану се добици од отуђења акција или удела[43] експлицитно помињу само у ст. 4, који разграничава пореске јурисдикције код добитака које резидент државе уговорнице оствари отуђењем акција или удела, који више од 50% своје вредности остварују непосредно или посредно од непокретности која се налази у другој држави уговорници. Сви остали добици остварени отуђењем акција, односно удела потпадају имплицитно или под ст. 2 (ако акције чине део пословне имовине сталне пословне јединице, у којем случају се доходак који њиховим отуђењем оствари предузеће државе уговорнице *може опорезовати* у држави уговорници у којој је лоцирана та јединица), или под ст. 5 (који представља тзв. резидуалну клаузулу: добитак од отуђења имовине[44] *опорезује се* само у држави уговорници чији је резидент лице које је отуђило имовину). Отуда можемо тврдити да, упркос томе што се у њој не помињу изричито акције или удели, норма чл. 13, ст. 5 Модел-конвенције ОЕЦД представља „полазно" колизионо правило, према којем се право опорезивања капиталних добитака од продаје акција ексклузивно препушта земљи резидентства лица које је отуђило акције.

Субјективно пореско право у односу на капиталне добитке додељује се оној држави којој је Модел-конвенцијом ОЕЦД дато право да опорезује одговарајућу имовину и са њом повезани приход. Колизионо правило из чл. 13, ст. 1 даје право земљи извора да опорезује капитални добитак од отуђења непокретности, па се у пракси оснивањем привредног друштва у које се уложи непокретност која се жели отуђити и продајом удела или акција у њему може

42 *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину*, Српско фискално друштво, Београд 2016.

43 Упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, Цекос-Ин, Београд 2009, 42–43.

44 Изузев добитака од отуђења непокретности, покретних ствари из пословне имовине сталне пословне јединице или сâме сталне пословне јединице, добитака од отуђења поморских бродова или ваздухоплова који се користе у међународном саобраћају, речних бродова који се користе у саобраћају на унутрашњим пловним путевима или од отуђења покретних ствари које служе за коришћење тих поморских бродова, ваздухоплова или речних бродова, као и поменутих прихода из ст. 4.

изменити јурисдикција којој ће припасти субјективно пореско право: уместо земље извора, право опорезивања тог капиталног добитка тако би прешло на земљу акционаревог резидентства. Државе уговорнице могу да се договоре да „извуку" (енг. *carve out*) акције или уделе у компанији чија се имовина претежно састоји од непокретности из општег колизионог режима, како би спречиле настојање обвезника да избегне опорезивање капиталног добитка од отуђења непокретности у држави у којој се она налази. Такво решење, поновимо, нуди чл. 13, ст. 4 Модел-конвенције ОЕЦД. Да би се утврдило да ли је заиста реч о акцијама или уделима који се квалификују за примену ст. 4, израчунаће се однос између вредности непокретности и вредности укупне имовине компаније, не узимајући у обзир дугове и друге њене обавезе. Ако се том приликом утврди да је више од 50% вредности акција или удела који се отуђују непосредно или посредно изведено из непокретности лоциране на територији друге државе уговорнице, третман по којем се капитални добици могу опорезовати у тој држави односиће се на *целокупне* добитке од отуђења тих акција, односно удела.[45]

Међутим, треба разјаснити терминолошке недоумице у вези са ХОВ, односно права чијим отуђењем уз накнаду настаје капитални добитак на који се примењују колизиона правила из оног члана уговора о избегавању двоструког опорезивања који одговара чл. 13, ст. 4 Модел-конвенције ОЕЦД – поновимо, једином у којем се акције, односно удели изричито помињу.

Од 30 уговора које примењује Србија, а у којима се налази *carve out* клаузула, у њих 15 (с Аустријом, Црном Гором, Француском, Грузијом, Ирском, Канадом, Казахстаном, Републиком Корејом, Либијом, Малтом, Норвешком, Пакистаном, Шпанијом, Уједињеним Арапским Емиратима и Украјином) користи се синтагма „акције или упоредиви интереси" (енг. *shares or comparable interests*), преузета из Модел-конвенције ОЕЦД. Отуда је јасно да релевантни капитални добици произлазе из отуђења имовине која обухвата и акције и уделе у привредном друштву (и у друштву с ограниченом одговорношћу и у друштву лица).

У преосталих 15 уговора користе се формулације „акције акционарског капитала" (енг. *shares of the capital stock of a company*), односно „акције" (енг. *shares*). Како је оригинал уговора у готово свим случајевима сачињен на српском језику, језику друге државе уговорнице и енглеском језику, при чему је, у случају разлике у тумачењу, меродаван енглески текст, треба се ослонити на значење појама *shares* на енглеском језику, а оно обухвата и акције и уделе. Но, српско Министарство финансија дало је мишљење по којем се такав

[45] Модел-конвенција ОЕЦД, пар. 28.4 коментара уз чл. 13.

капитални добитак може опорезовати у Србији само ако је настао отуђењем *акција*, чијих је више од 50% вредности непосредно или посредно изведено из непокретности лоциране на њеној територији; другим речима, ако је нерезидент продао *уделе* чијих је више од 50% вредности непосредно или посредно изведено из непокретности лоциране на територији Србије, право на опорезивање капиталног добитка препушта се земљи његовог резидентства.[46] Отуда би резидент Албаније, Азербејџана, Босне и Херцеговине, Данске, Египта, Хрватске, Индије, Ирана, Јерменије, Кине, Летоније, Литваније, Швајцарске, Туниса или Вијетнама могао да избегне примену српског пореза на капитални добитак од продаје учешћа у друштву, чија се имовина претежно састоји од непокретности која се налази у Србији, тако што би основао друштво с ограниченом одговорношћу уместо, на пример, затвореног акционарског друштва.

Коментар уз чл. 10 Модел-конвенције ОЕЦД, међутим, наглашава да национални закони многих држава стављају уделе у друштву с ограниченом одговорношћу у исти ранг са акцијама.[47] Право значење термина *shares* мора се потражити не само у националном компанијском праву, него – пре свега – у националном пореском праву.[48] У супротном, настала би апсурдна дискриминација акционарских друштава на штету других облика привредних друштава и отворио би се простор за нелегитимну закониту пореску евазију. Уосталом, у чл. 3, ст. 2 Модел-конвенције ОЕЦД и у одговарајућем члану пореских уговора који обавезују Србију предвиђено је да када држава уговорница примењује уговор, сваки израз који у њему није дефинисан (а *shares* није) има значење – осим ако контекст не захтева друкчије (а не захтева) – према закону те државе за потребе пореза на које се уговор примењује, при чему значење према важећим *пореским* законима има предност у односу на значење које том изразу дају други закони те државе (на пример, Закон о привредним друштвима). А српско *пореско* право ни у једном аспекту не разликује порески третман акција од пореског третмана удела.

4.2. Колизиона правила у пореским уговорима Србије

Упоредна анализа 58 уговора о избегавању двоструког опорезивања које примењује Србија показује да се у готово половини случајева примењује јединствено колизионо правило с апсолутним дејством у погледу капиталних добитака од отуђења акција, одно-

---

[46] Дејан Дабетић, *Република Србија и избегавање двоструког опорезивања*, Рачуноводство, Београд 2008, 155.

[47] Модел-конвенција ОЕЦД, пар. 26 коментара уз чл. 10.

[48] Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Однос пореског права и приватног права", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016, 26–27.

сно удела: они се *опорезују само у држави уговорници чији је резидент лице које је отуђило имовину*. То колизионо правило налази се у пореским уговорима са 25 држава (Белгија, Белорусија, Бугарска, Чешка, Естонија, Грчка, Холандија, Италија, Катар, Кипар, НДР Кореја, Кувајт, Луксембург, Мађарска, Македонија, Малезија, Молдавија, Пољска, Румунија, Русија, Словачка, Словенија, Шведска, Турска и Велика Британија). Правно лице – резидент Србије које прода акције, односно уделе у лицу које је резидент друге државе уговорнице с ове листе, биће опорезовано само у Србији, у складу са њеним материјалним правом, то јест по стопи пореза на добит правних лица од 15%.[49]

Порески уговори Србије са Финском, Немачком и Сри Ланком такође предвиђају да се капитални добици од отуђења акција, односно удела опорезују само у држави уговорници чији је резидент лице које је отуђило имовину. Међутим, у тим уговорима налазе се и специфична одступања од општег правила.

У чл. 13, ст. 4 Уговора са Финском опште колизионо правило о ексклузивном праву земље акционаревог резидентства праћено је *једностраним* уступком српске (раније, југословенске) стране у протоколу уз тај уговор. У ситуацији када српски акционар прода акције или уделе у финском привредном друштву, који су му омогућавали „уживање непокретности" која је власништво тога друштва, право опорезивања капиталног добитка може користити и Финска – држава чији је резидент то друштво, с тим што српски акционар има право на обичан порески кредит.

Слично решење је и у чл. 13, ст. 5 Уговора са Сри Ланком. Наиме, приходи од отуђења ХОВ и акција друштва које је резидент Сри Ланке, који представљају учешће од најмање 25%, могу се опорезивати у Сри Ланки, иако начелно земља акционаревог резидентства има искључиво право опорезивања капиталних добитака од отуђења акција. У чл. 23, ст. 1 (а) Пореског уговора дато је право Србији да изузме (са прогресијом) такав капитални добитак.

У чл. 14, ст. 3 Уговора са СР Немачком предвиђено је супротно *једнострано* одступање од поменутог општег колизионог правила. У време када је тај уговор закључен, 1987. године, у тадашњој СФРЈ још увек су важила правила да страни улагач може да инвестира у домаћу „организацију удруженог рада" само по основу уговора: није, дакле, било допуштено *equity* улагање. Отуда је немачки резидент могао да отуђи једино своје право на учешће у расподели добити од заједничког улагања, а порески споразум је право опорезивања тако насталог капиталног добитка давао и СФРЈ („може опорезовати").

[49] И уз постојећи проблем економског двоструког опорезивања, о којем је било више речи.

Немачка може изузети (са прогресијом) такав капитални добитак. У трансакцији са супротним правцем (акционар је резидент СФРЈ, а друштво резидент СР Немачке), право опорезивања капиталног добитка од продаје акција, односно удела искључиво припада СФРЈ. У протекле три деценије од закључења уговора СР Немачка је инкорпорисала некадашњу ДР Немачку у свој уставни систем, а СФРЈ је престала да постоји. Србија је, као један од сукцесора *ex*-СФРЈ, преузела права и обавезе из тог уговора. Пошто је Србија, уместо пореза на доходак организација удруженог рада, од 1. јануара 1992. године увела порез на добит корпорација (касније: порез на добит предузећа, па правних лица), који погађа и капиталне добитке од отуђења акција, односно удела, Немачка је прихватила да се тај порез сматра као „суштински сличан порез који је после дана потписивања тог уговора заведен уместо постојећег“ пореза на добит страног лица по основу улагања средстава у домаћу организацију удруженог рада. Стога ће акционар – резидент Немачке који продаје акције, односно уделе у српском привредном друштву бити подвргнут српском порезу од 15%, а Немачка ће применити методу изузимања са прогресијом како би елиминисала двоструко (правно) опорезивање.

У преосталих 30 пореских уговора Србије, осим општег колизионог правила, садржано је и посебно решење за ситуацију када је реч о отуђењу акција, односно удела у привредном друштву, чија се имовина претежно састоји од непокретности које се налазе у другој држави уговорници у односу на ону чији је резидент акционар. У том контексту, срећу се две различите формулације захтеване величине учешћа тих предмета отуђења у имовини привредног друштва.

На једној страни, претежност се захтева употребом речи „углавном“. Тако је у уговорима с Албанијом, БиХ, Египтом, Хрватском, Ираном, Јерменијом, Кином, Швајцарском, Тунисом и Вијетнамом прописан изузетак да се добитак од отуђења акција акционарског капитала компаније, чија се имовина посредно или непосредно *углавном* састоји од непокретности која се налази у другој држави уговорници, може опорезивати у тој држави.[50] Акционар може од државе свога резидентства тражити обични порески кредит (само Швајцарска примењује методу изузимања са прогресијом). Таква формулација постоји и у чл. 14, ст. 4 Уговора с Индијом. Уз то, ако индијски резидент отуђује акције у компанији – резиденту Србије, право опорезивања насталог капиталног добитка може користити Србија, без обзира на то да ли се имовина те компаније углавном састоји од непокретности која се налази у Србији или не. Двоструко

[50] Реч „углавном“ (енг. *principally*) може се, *mutatis mutandis*, тумачити на начин на који се у коментару уз чл. 13, ст. 4 Модел-конвенције ОЕЦД (параграф 28.4) објашњава како се утврђује да ли је реч о акцијама или уделима који се квалификују за примену ст. 4 тога члана, о чему је у претходном делу рада било више речи.

опорезивање ће се отклонити применом методе обичног кредита. И у пореским уговорима са Либијом, Малтом и Украјином користи се реч „углавном“, али се изузетак односи на добитак од отуђења *акција или упоредивих интереса* у компанији, чија се имовина посредно или непосредно углавном састоји од непокретности. За отклањање двоструког опорезивања Либија примењује методу изузимања са прогресијом, а Малта и Украјина методу обичног пореског кредита. Србија својим резидентима пружа методу обичног кредита.

У првом уговору о избегавању двоструког опорезивања, који је бивша СФРЈ закључила са Француском још давне 1974. године, а који и даље примењује Србија, у чл. 13, ст. 1 прописано је да „доходак који потиче од отуђења непокретних добара ... или од отуђења учешћа или сличних права у друштву, чија се актива углавном састоји из непокретних добара, подлеже (искључиво – *Д.П. и Г.И.П.*) порезу у држави уговорници где се ова непокретна добра налазе“. Међутим, у том пореском уговору уопште нема разграничења пореских јурисдикција код пореза на капитални добитак од отуђења акција или удела у друштву чија се актива *не састоји* углавном од непокретности. Сматрамо да се у таквим случајевима треба позвати на одредбу чл. 25, ст. 3, која предвиђа да се надлежни органи држава уговорница могу консултовати са циљем избегавања двоструког опорезивања у случајевима који нису Споразумом предвиђени.

На другој страни, у пореским уговорима с Аустријом, Азербејџаном, Црном Гором, Данском, Грузијом, Ирском, Казахстаном, Канадом, Републиком Корејом, Летонијом, Литванијом, Норвешком, Пакистаном, Шпанијом и УАЕ претежност се одређује употребом синтагме „више од 50% своје вредности акције остварују непосредно или посредно од непокретности која се налази у другој држави уговорници“.

ЗАКЉУЧАК

Спроведена анализа је показала да, према Фон Шанц–Хејг–Симонсовој теорији чистог приноса, капитални добици спадају у доходак и да повећавају економску снагу пореског обвезника.[51] У већини пореских законодавстава они се опорезују при реализацији, а тако је годинама поступано и у српском праву. Аутентично тумачење ЗПДПЛ из 2015. године отворило је простор за опорезивање и потенцијалног капиталног добитка у случају када се уноси неновчани улог у виду акција у капитал зависног привредног друштва. Да би се сачувао принцип опорезивања реализованог капиталног добитка, предложили смо да се порезу подвргне само капитални добитак на-

[51] Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, IBFD, Amsterdam 1993, 312.

стао када дође до даље продаје тих акција, при чему би основица била једнака разлици између продајне цене и цене по којој је привредно друштво – уносилац акција те акције набавило.

Да би се спречио дисторзивни ефекат затварања, капитални добици се, упоредно посматрано, најчешће подвргавају одређеном привилегованом третману – по правилу, сниженој пореској стопи. У српском пореском праву не само да није предвиђена нижа стопа пореза на капиталне добитке од отуђења акција, него су они, за разлику од приступа у већини савремених пореских система, подвргнути економском двоструком опорезивању: прво се опорезују као део опорезиве добити привредног друштва, а затим и када се та добит расподели акционарима. Отуда сматрамо да треба да се уведе афилијациона привилегија и за капиталне добитке, а не само за дивиденде. Такође је неопходно отклонити дискриминацију која произлази из решења по којем није дозвољен кредит за порез на капитални добитак плаћен у иностранству.

Како ЗПДПЛ предвиђа да се на капиталне добитке, које на територији Србије оствари нерезидентно правно лице од резидентног правног лица, плаћа порез, сматрамо да би, ако нерезидент преко пореског пуномоћника не поднесе пореску пријаву, требало прописати да је резидентно правно лице супсидијерни јемац.

Анализи смо, такође, подвргли третман капиталних добитака од отуђења акција у пореским уговорима које примењује Србија. Утврдили смо да енглески термин *shares* треба тумачити као „акције или удели“, јер би, у супротном, било могуће изиграти право државе уговорнице да опорезује капитални добитак од продаје учешћа у друштву чија се имовина претежно састоји од непокретности лоцираних на њеној територији, тако што би се основало друштво с ограниченом одговорношћу уместо акционарског друштва.

Сем тога, критичкој анализи смо подвргли не само опште колизионо правило из пореских уговора Србије, према којем се искључиво право опорезивања капиталног добитка од отуђења акција или удела даје држави резидентства лица које је отуђило акције, односно уделе, већ и допунско колизионо правило које се примењује када резидент једне државе уговорнице оствари капитални добитак отуђењем акција или удела који претежан део своје вредности остварују од непокретности која се налази у другој држави уговорници, у ком случају држава на чијој се територији налази непокретност може опорезовати такав капитални добитак.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bittker, B. L., Lokken, L., *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, Vol. 1, Warren, Gorham & Lamont, Boston 1999.

Дабетић, Д., *Република Србија и избегавање двоструког опорезивања*, Рачуноводство, Београд 2008. (Dabetić, D., *Republika Srbija i izbegavanje dvostrukog oporezivanja*, Računovodstvo, Beograd 2008)

Feldstein, M., *Capital Taxation*, Harvard University Press, Cambridge, Ma. 1983.

Goode, R., „Key Issues in the Reform of Personal Income Tax", *The Personal Income Tax: Phoenix from the Ashes?* (eds. S. Cnossen, R. M. Bird), North-Holland, Amsterdam 1990.

Hütter, E., „Austria", *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2013.

King, J. R., „Taxation of Capital Gains", *Tax Policy Handbook* (ed. P. Shome), IMF, Washington D. C. 1995.

Messere, K., *Tax Policy in OECD Countries*, IBFD, Amsterdam 1993.

Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину, Српско фискално друштво, Београд 2016. (*Model-konvencija o porezima na dohodak i na imovinu*, Srpsko fiskalno društvo, Beograd 2016)

Navez, E.-J., „Belgium", *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2013.

The Personal Income Tax: Phoenix from the Ashes? (eds. S. Cnossen, R. M. Bird), North-Holland, Amsterdam 1990.

Pires, M., *International Juridicial Double Taxation of Income*, Kluwer, Deventer 1990.

Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2016. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016)

Поповић, Д., Илић Попов, Г., „Однос пореског права и приватног права", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016. (Popović, D., Ilić Popov, G., „Odnos poreskog prava i privatnog prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016)

Поповић, Д., Костић, С. В., *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, Цекос-Ин, Београд 2009. (Popović, D., Kostić, S. V., Ugovori *Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Pravni okvir i tumačenje*, Cekos-In, Beograd 2009)

Roth, E. S., „Canada", *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2013.

Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2013.

Dejan Popović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

Gordana Ilić Popov, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

TAXATION OF CAPITAL GAINS OF COMPANIES FROM THE ALIENATION OF SHARES

Summary

The paper deals with the tax treatment of capital gains on shares of companies both in national and tax treaty law. The authors indicate that the authentic interpretation of the Art. 27 of Serbia's Tax on Profits of Legal Entities Law opens the door to taxing not only realised but also potential capital gains thus triggering certain harmful consequences. Relying on the comparative legal analysis they suggest measures how to eliminate the existing economic double taxation and plead for granting a credit for the tax on capital gains paid abroad. In order to hamper tax evasion the introduction of a security for the resident company whose shares are alienated by a non-resident company at a gain is suggested whenever the tax return has not been filed. By analysing Serbia's 58 tax treaties the authors conclude that 28 of them contain a single demarcation rule exclusively granting jurisdiction to tax the capital gains on shares to the state of residence of the alienator, while in remaining 30 treaties an additional anti-avoidance rule is prescribed.

Key words: *Capital gains. – Shares. – Participations in a limited liability company. – Tax on capital gains. – Double tax treaties.*

Article history:
Received: 2. 2. 2017.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 336.717.061; 347.455

CERIF: S144, S180

Др Борис Беговић*

Никола Илић**

ПОРЕКЛО ЗАБЛУДЕ О СВРСИ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ[1]

У раду се указује на широко распрострањену заблуду о сврси валутне клаузуле и анализирају могући разлози њеног настанка. Дилеме које су распрострањене у правној теорији, а везују се за законско начело монетарног номинализма и доктрину валоризма, детаљно се разматрају у првом делу текста, чиме се делимично објашњавају настанак и дуготрајност заблуде. У другом делу рада разматра се шири макроекономски контекст у коме је домаћи законодавац дозволио уговарање валутне клаузуле и тако у потпуности објашњава настанак погрешних увида у чињенице и, самим тим, погрешно тумачење и разумевања права.

Кључне речи: *Новчане облигације. – Валутна клаузула. – Доктрина монетарног валоризма. – Двострани теретни уговори. – Уговор о кредиту.*

1. УВОД

Сврха валутне клаузуле у уговору о кредиту доспела је у жижу интересовања научне и стручне јавности недавним појављивањем

---

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*

** Аутор је студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, *nikolailic.ius@gmail.com*

[1] Захваљујемо Марку Ђурђевићу, Бошку Живковићу, Милошу Живковићу, Марији Караникић Мирић, Слободану Перовићу, Бранку Радуловићу и Драгору Хиберу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке или за изнете вредносне судове сносе искључиво аутори овог рада.

стручних текстова на ту тему, као и појединим правоснажним пресудама у вези са кредитима индексираним у швајцарским францима, нарочито пресудом Апелационог суда у Новом Саду (Гж. бр. 1781/16), којом се раскида уговор о кредиту применом института *rebus sic stantibus*. Показало се, не први пут, да је у домаћим научним и стручним круговима прилично распрострањена заблуда да је сврха валутне клаузуле да штити повериоца од инфлације, то јест од обезвређивања динарског износа главнице коју је поверилац ставио на располагање кориснику кредита.[2]

Будући да је у литератури већ јасно показано да је у питању заблуда,[3] циљ је овог рада да истражи њено порекло. Можда ће налаз до кога се дође бити значајан не само у погледу ове заблуде већ ће омогућити спознају механизама којима настају заблуде ове врсте, па ће се тиме доћи и до увида о томе како се заблуде могу спречити. Циљу рада уподобљена је и његова структура.

2. СУШТИНА ЗАБЛУДЕ О ВАЛУТНОЈ КЛАУЗУЛИ

Распрострањеност те заблуде може се илустровати позивањем на скорашње прилоге у правној литератури. На пример, може се наћи став да је сврха валутне клаузуле „само у функцији очувања реалне тржишне вредности пласираних динарских средстава“.[4] Такође, ставља се до знања да је циљ валутне клаузуле „очување реалне вредности главнице дуга и обезбеђивање повериоца од могуће инфлације, која би обезвредила обавезу дужника“.[5]

Уколико би се та два става исказала језиком економске науке, па тиме и језиком банкарског пословања, и то терминологијом коју је кодификовала Народна банка Србије, закључило би се да оба става указују на то да је сврха валутне клаузуле искључиво заштита од ризика куповне моћи. Такав став, међутим, представља заблуду. Да

2 У разматрањима у овом раду подразумева се законска дефиниција валутне клаузуле: „Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).“ – Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014, чл. 2.

3 То се дâ видети на основу уџбеника посвећених финансијским тржиштима и институцијама. На пример, вид. Peter Howells, Keith Bain, *Financial Markets and Institutions*, Prentice Hall & Financial Time, New York – London 2007[5], 262–264.

4 Д. Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник*, 16/2016, 64.

5 Ово је део одговора на питања постављена на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, одржаној 30. новембра 2016. године. Вид. *Билтен судске праксе Привредних судова*, 4/2016, 87–88.

је посреди заблуда, већ је детаљно показано на другом месту[6], па се овде, у форми подсећања на тај налаз, наводе само два доказа. Прво, у условима у којима се банка задужује у страној валути, без обзира на то да ли су у питању депозити или новац позајмљен на тржишту капитала, њу интересује валутни ризик и обезбеђење од њега, што се постиже усклађивањем валуте извора и валуте пласмана. Сходно томе, повериоца у таквој ситуацији не интересује ризик куповне моћи. Дакле, домаћа банка која је на тржишту капитала позајмила 500.000 евра или су јој толики депозити, и која је потом тај новац позајмила кориснику кредита уз уговорену валутну клаузулу, потпуно је индиферентна према инфлацији у Србији, то јест према промени куповне моћи динара, исказане индексом потрошачких цена, што значи и према динарској вредности свог пласмана. Она је једино заинтересована да се одржи вредност пласмана исказана у еврима, што и остварује применом валутне клаузуле, будући да су у еврима и њене обавезе према повериоцима.

Чак и уколико се претпостави, супротно доказаном, да је сврха валутне клаузуле да заштити банку (повериоца) од ризика куповне моћи, валутна клаузула то не би могла да оствари, осим сасвим случајно. Наиме, да би валутна клаузула обезбедила такву заштиту, потребно је да постоји апсолутно поклапање интензитета инфлације (мерено индексом потрошачких цена, на пример) и промене курса валуте из уговорене валутне клаузуле у односу на националну валуту. Дакле, потребан услов за обезбеђивање заштите повериоца од ризика куповне моћи јесте да стопа инфлације у сваком тренутку мора бити једнака стопи депресијације националне валуте у односу на валуту из уговорене валутне клаузуле.[7] Независно од политике девизног курса коју примењује централна банка, што значи чак и у условима потпуно слободног формирања девизног курса, без икакве интервенције централне банке, вероватноћа да се испуни тај потребан услов блиска је нули.

[6] Б. Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016, 24.

[7] Коришћење кумулативних индекса потрошачких цена и индекса курса динара у односу на евро и швајцарски франак показало је да тај услов у Србији у периоду 2008–2015. није био испуњен. Закључно са 2015. годином, индексирање у еврима пружило је премалу, а индексирање у швајцарским францима превелику заштиту главнице од инфлације. Више о томе вид. Б. Беговић, „Правно-економска анализа финансијског посредовања банкарског сектора у Србији: случај уговора о кредиту“, *Право и привреда*, 4–6/2016, 329.

3. ПОРЕКЛО ПРОБЛЕМА: МОНЕТАРНИ НОМИНАЛИЗАМ И ВАЛОРИЗАМ

Пошто је указано на природу заблуде, отвара се кључно питање овог рада: које је порекло ове заблуде? Због чега још увек велики број људи из правне науке и струке сматра да је валутна клаузула у уговору о кредиту механизам заштите повериоца од ризика куповне моћи? Вероватно да се део разлога налази у начину на који је у Србији разрешавана дилема о доминацији две доктрине: монетарног номинализма и монетарног валоризма.

Поједностављено представљено, доктрина монетарног номинализма подразумева обавезу дужника из облигационог односа да повериоцу преда уговорену количину новца, без обзира на то да ли је у међувремену вредност тог новца промењена или није, то јест да ли је промењена његова куповна моћ у односу на тренутак у коме је успостављена обавеза дужника. Из другог угла посматрано, она подразумева обавезу дужника дефинисану количином новца, независно од тога да ли се за повериоца активирао ризик куповне моћи. Уколико постоји монетарна стабилност, примена доктрине монетарног номинализма не утиче на положај дужника нити на положај повериоца. Међутим, *ex ante* није познато да ли ће њена примена бити, уколико дође до монетарне нестабилности, у корист дужника или повериоца – у условима инфлације побољшава се положај дужника, а у условима дефлације повериоца. У условима инфлације, која је, показује историја, далеко чешћа од дефлације, примена доктрине монетарног номинализма иде у корист дужника, будући да умањује реалну вредност његовог дуга, па тиме и његову обавезу. Дужници, уколико се примењује та доктрина, прижељкују инфлацију. Неки од дужника могу не само да је прижељкују, већ и да је са том намером и стварају. Управо се на тај начин могу објаснити инфлаторне монетарне политике које су водиле многе државе, будући да су, између осталог, на тај начин умањивале реални износ сопственог (државног) дуга номинованог у домаћој валути.[8]

Насупрот томе, доктрина монетарног валоризма подразумева обавезу дужника да исплати уговорену вредност, а не количину новца. Самим тим, количину новца треба одредити у складу са унапред дефинисаном мером вредности, односно са променом вредности

[8] Више о томе вид. Carmen Reinhart, Kenneth Rogoff, *This Time is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, Princeton & Oxford 2009. Поменути механизам, међутим, не помаже у случају спољног дуга номинованог у страној валути. Напротив, у таквим околностима инфлација може да узрокује обарање номиналног девизног курса домаће валуте у односу на страну у којој је номинован спољни дуг, што значи да расте задуженост земље исказана у домаћој валути, и у апсолутном и у релативном износу, у односу на бруто домаћи производ.

новца до које је дошло применом те мере вредности. Начелно посматрано, таква мера вредности може да буде куповна моћ (чија се промена исказује индексом потрошачких цена), али може да буде и нека друга величина, на пример курс валуте која се користи за валутну клаузулу. За разлику од претходне доктрине, примена доктрине монетарног валоризма увек има једнако дејство на обе уговорне стране тако што гарантује очување вредности уговорених престација од тренутка настанка дате облигације све до њеног престанка. Ни поверилац ни дужник нису у подређеном положају, независно од тога да ли је дошло до инфлације или дефлације након закључења уговора и у којој мери. Већ након поједностављеног приказа те две доктрине, може се закључити да је доктрина монетарног валоризма, за разлику од монетарног номинализма, у потпуном складу са једним од основних начела облигационог права – једнаком вредношћу давања уговорних страна.

У прилог том закључку говоре и бројна решења која садржи Закон о облигационим односима,[9] а која се *de facto* заснивају на примени доктрине монетарног валоризма. То је случај при одређивању висине накнаде материјалне штете према ценама у време доношења судске одлуке, а не у време настанка штете,[10] у случају враћања зајма који није дат у новцу али је уговорено враћање у новцу, у ком случају је зајмопримац овлашћен да по свом избору врати позајмљене ствари или новац у износу који одговара вредности тих ствари у време и у месту који су уговором одређени за враћање[11] и томе слично.

Економски посматрано, монетарни номинализам у случају уговору о кредиту, али и других теретних уговора, оправдан је искључиво у условима у којима су инфлација и дефлација једнаке или блиске нули (у случају извора пласмана у националној валути) или уколико су валутни курсеви фиксни (у случају извора пласмана у страној валути). Управо су то, у великој мери, били услови који су владали у Европи XVIII и XIX века. У оптицају је био или златан новац или папирни новац са златном подлогом (тзв. златни стандард). Златни стандард је дефинисао вредност сваке валуте (папирног новца као исправе о дугу) у односу на одређену количину злата. Будући да је такав однос био фиксан, непромењиви су били и односи између различитих валута – девизни курсеви су били фиксни. У таквим условима, инфлације су биле ретке и малог интензитета, а колебања валутних курсева уопште није било, па се стога може закључити да

[9] Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

[10] ЗОО, чл. 189, ст. 2.

[11] ЗОО, чл. 563, ст. 1.

је монетарни номинализам могао да задовољи основно начело облигационог права – једнакост вредности давања уговорних страна.[12]

Но, XX век је донео бурне промене на монетарном плану. Златни стандард је био напуштен почетком Првог светског рата, неколико покушаја његовог повратка у послератном периоду није уродило плодом. Велика депресија (1929–1933) додатно је умањила простор за његов повратак, тако да су једино САД задржале златни стандард своје валуте, у доба када је амерички долар био једина резервна светска валута. То је омогућило да, макар у великој мери, опстане систем фиксних девизних курсева – све валуте су се самеравале у односу на долар, а долар у односу на злато. Када су САД 1971. године неповратно напустиле златни стандард долара, урушио се и систем фиксних девизних курсева – све (значајне) светске валуте су од тада у режиму флексибилних, слободноопливавајућих девизних курсева, који се одређују на основу понуде и тражње на светским валутним тржиштима. Фактори који утичу на висину курса бројни су и комплексни, тако да им кретање никад није унапред познато, а забележене су и њихове драстичне промене. Чињеница да су се неке земље у појединим периодима определиле за фиксни курс као политику курса сопствене валуте не спори овај налаз. Оне се опредељују да фиксирају вредност своје валуте у односу на неку од светских валута, најчешће амерички долар, евро или, раније, немачку марку, али то не значи да се фиксирају и односи између значајних светских валута.[13]

Дакле, у другој половини XX века изгубили су се сви предуслови који су омогућавали евентуалну економску оправданост примене доктрине монетарног номинализма. Ту оправданост су додатно поткопала још два феномена у том периоду. Прве деценије друге половине XX века обележиле су знатне и дуготрајне инфлације у развијеним земљама, уз годишње обезвређивање националне валуте од готово 20%. Примена доктрине монетарног номинализма у таквим условима доводила је до систематских губитака поверилаца. Додуше, монетаристички приступ инфлацији, који је превагнуо крајем

[12] Слично закључује Ристић: „У ери класичног златног стандарда... Све валуте су биле пуновредне, са златом стварно еквивалентне, те није било потребе ни разлога да се у том погледу (примена начела монетарног номинализма) постављају ма каква ограничења.“ Вид. Светислав Ристић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том други, Службени лист СРЈ, Београд 1978, 455.

[13] Тако домаћи аутори долазе до погрешног закључка (заблуде) да постоји непромењивост курса валута: „Мерило које је најстабилније служи као мера вредности различитих врста новца. Ту улогу обично има злато, али може да је има и новчана јединица неке од земаља, као што је то, на пример, случај данас са доларом Сједињених Америчких Држава.“ Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1987, 138.

XX века, омогућио је њено трајно обарање. Међутим, управо тада, када су се инфлаторна очекивања свела на вредности блиске нули, при крају XX и на почетку XXI века, догодила се снажна и иреверзибилна либерализација међународних токова капитала,[14] тако да се при његовом позајмљивању увећало учешће стране валуте, што је, у условима флексибилних девизних курсева, отворило питање валутног ризика. То је још један од механизама којим је у великој мери обесмишљено економско оправдање монетарног номинализма.

Поставља се питање како се домаћа правна наука односила према свим тим променама. Као почетна позиција у том погледу може се узети став Михаила Константиновића из 1969. године да: „Када обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан исплатити исти број новчаних јединица без обзира на то да ли је њихова куповна моћ у међувремену порасла или опала, изузев кад закон наређује што друго."[15] Дакле, иако Константиновић експлицитно допушта могућност промене куповне моћи новца, то јест инфлацију или дефлацију, доследно стоји на позицијама монетарног номинализма. Две напомене у том погледу. Прво, тешко је разматрати порекло овако децидираног става, али вероватно да не треба занемарити могућност да је на то Константиновићево становиште утицало његово студирање у Француској, земљи за чију се правну традицију и везује доктрина монетарног номинализма,[16] и то у време када је, непосредно после завршетка Првог светског рата, та земља наново успоставила златни стандард своје валуте. Друго и знатно важније: такво правно решење у великој мери је одговарало тадашњим економским институцијама СФРЈ, њеном привредном систему, речено терминологијом тог времена. У то доба, многе цене нису биле тржишне већ су биле административно контролисане, а многа тржишта, попут тржишта производних фактора, уопште нису постојала, што је све изазивало велике дисторзије. У условима у којима је произвођач продавао робу по административно одређеној (одобреној) цени, иако му она није омогућавала да покрије просечне трошкове, а банке давале кредите не водећи рачуна о томе како ће тај пословни потез утицати на њихову профитабилност, додатна дисторзија коју у условима

[14] Либерализација међународних токова капитала омогућила је да земље које карактерише ниска стопа штедње увозе капитал из земаља са високом стопом штедње.

15 М. Константиновић, *Облигације и уговори: скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СЦГ, Београд 2006, 62.

[16] В. Круљ доктрину монетарног номинализма везује за француског правника Потијеа (Robert Jospeh Potheir) као његовог зачетника, сматрајући да његове идеје „представљају 'магна карту' номиналистичке теорије". Више о томе вид. В. Круљ, Монетарни номинализам и доктрина валоризма, *Анали Правног факултета у Београду*, 3–5/1978, 391.

инфлације ствара примена начела монетарног номинализма никога није превише забрињавала.

Међутим, већ се у време доношења ЗОО (1978. године) појављују прве сумње у неприкосновеност тада преовлађујуће доктрине и из ње изведеног начела монетарног номинализма. Једну од првих износи Круљ, прво у форми питања да ли је довољно то што „уз номинализам као правило" постоје само одступања као изузеци.[17] Круљ иде и корак даље и даје одговор на то питање да „би било неопходно унети у наш систем правну норму у којој би се назирала комбинација доктрина номинализма и валоризма – комбинација којом би се отклониле уговорна неравнотежа и експлоатација једне уговорне стране по другој", пре свега у случају дугорочних новчаних обавеза.[18]

Насупрот томе, Визнер сматра да би допуштање монетарног валоризма „у условима монетарне нестабилности" довело до „спекулативног неоправданог обогаћења појединаца на штету других и самог друштва", а уз то би довело до „подстицања још јаче инфлације".[19] Остављајући узроке инфлације засад по страни, нејасне су две ствари у том ставу. Прво, нејасно је какве су то спекулације у питању у условима у којима не постоји тржиште капитала, не постоје никаква финансијска тржишта, а тржиште девиза је административно – тако уређено да на њему нема слободног сучељавања понуде и тражње, што чини да је једино слободно, право тржиште девиза било улично, илегално, тзв. црно девизно тржиште. Друго, нејасна је узрочно-последична веза између монетарног валоризма и спекулација. Како то примена доктрине монетарног валоризма доводи или бар омогућава спекулације? Визнеров коментар не даје одговор.[20]

---

17 *Ibid.*, 404.

18 *Ibid.*, 404. Занимљиво је да исти аутор, две године касније, у коментару члана 395 ЗОО, брани монетарни номинализам на коме се заснива тај члан, којим се предвиђа да се новчане обавезе које гласе у страној валути могу захтевати само у динарима према курсу који је важио у тренутку настанка, а не у тренутку доспелости обавезе, тврдњом да је смисао тог члана ЗОО и монетарног номинализма на коме се он заснива „да се осујете шпекулације са домаћим новцем". Вид. В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Б. Благојевић, В. Круљ), Савремена администрација, Београд 1980, 878.

19 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Ријечка тискара, Загреб 1978, 1363.

20 Управо супротно, прилично уверљиво, макар на први поглед, делује теза да монетарни номинализам поспешује финансијске спекулације. Уколико је вредност приноса повериоца (повраћај главнице и примљена камата) у реалном износу неизвесна, онда је његов пласман у основи спекулативан јер спекулише о будућим инфлаторним и дефлаторним кретањима. Исто тако, спекулативна је одлука корисника кредита да уђе у дужничко-поверилачки однос, надајући се да ће стопа

Као аргумент у прилог монетарног номинализма у уџбенику облигационог права из 1987. године наводи се да монетарни валоризам: „...одражава неповерење према домаћој валути и води подривању њене вредности“.[21] Што се првог става тиче, уколико се под неповерењем према домаћој валути подразумевају знатна инфлаторна очекивања, онда тај став стоји. Међутим, нејасно је како то, којим механизмом узрочно-последичне везе монетарни валоризам „подрива“ вредност домаће валуте. Та вредност зависи искључиво од монетарне политике државе коју формулише и спроводи њена централна банка, конкретно од примарне емисије новца. На ту политику утиче веома велики број фактора, детаљно описаних у уџбеницима макроекономије и монетарне економије, али примена одређеног начела у облигационом праву свакако не спада у те факторе. Из увида да инфлацијом подривена вредност домаће валуте ствара подстицаје за примену доктрине монетарног валоризма, што говори о јасно уоченом једном смеру узрочно-последичне везе, не следи да постоји обрнути смер узрочно-последичне везе, да се применом начела монетарног валоризма подрива вредност домаће валуте.[22]

Ипак, Митровић инсистира на томе да ЗОО предвиђа одступања од начела монетарног номинализма, „како путем законског валоризма... тако и путем уговорног валоризма“, али указује и на то да из ЗОО „произлази да није дозвољена већина заштитних клаузула... помоћу којих се данас у свету врши одступање од начела монетарног номинализма, а у циљу његовог ублажавања и примене принципа валоризма“.[23] Очигледно је да у тим ставовима провејава незадовољство недовољном флексибилношћу у погледу могућности примене доктрине монетарног валоризма. Такође се у уџбенику облигационог права из 1981. године јасно види заузимање блажег става

инфлације обезвредити његова давања. Применом доктрине монетарног валоризма, неминовно се губи простор за такву спекулацију, и повериоца и дужника.

[21] Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 138.

[22] У супротном би се, уз логичку грешку *post hoc ergo propter hoc*, могло закључити да је увођење одредбе у ЗОО о дозвољености уговарања валутне клаузуле, која је омогућила ширу примену доктрине монетарног валоризма, убрзало хиперинфлацију у Србији (СРЈ) средином 1993. године. Та хиперинфлација и њено убрзање били су последица прекомерне примарне емисије потребне да се емисионом добити финансира тадашњи фискални дефицит, тзв. монетизација фискалног дефицита, независно од тога због чега је он настао. Дакле, узроци те хиперинфлације јесу буџетски дефицит и одлука власти да га финансирају емисионом добити. Убрзање инфлације у таквим условима неминовно је, будући да сама инфлација обезвређује емисиону добит, због чега се јавља потреба за увећањем примарне емисије, а то убрзава инфлацију – механизам познат као тзв. Оливеира–Танцијев (*Oliveira-Tanzi*) ефекат.

[23] Добросав Митровић, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори С. Перовић, Д. Стојановић), књига прва, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1980, 944.

према монетарном валоризму: „Закон о облигационим односима је прихватио начело монетарног номинализма и то у смислу императивног правила, али са бројним и значајним одступањима.“[24] При томе се као неки од најзначајнијих изузетака наводе раскид или измена уговора због промењених околности, досуђивање новчане ренте у случају телесне повреде, могућност уговарања тзв. клизне скале итд. Тим ставом се не предлаже шире прихватање доктрине монетарног валоризма, али се јасно ставља до знања да постоје бројни случајеви у којима она фактички може бити примењена. Ипак, изузеци од начела монетарног номинализма који су били предвиђени тадашњим ЗОО нису били довољни за очување вредности потраживања, па тиме и једнаке вредности давања у условима растуће инфлације, а економска стварност у Србији крајем осамдесетих година XX века, са избијањем прве хиперинфлације, износила је све убедљивије економске аргументе у прилог доктрини монетарног валоризма.[25]

4. ПРЕОКРЕТ ИЗАЗВАН (ДРУГОМ) ХИПЕРИНФЛАЦИЈОМ

Други удар хиперинфлације у Србији који је започео 1992. године,[26] ни три године после окончања првог, условио је увођење веома значајног изузетка од начела монетарног номинализма. Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима 26. јуна 1993. године измењен је ЗОО, а измењени члан 395 од тада гласи: „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страној валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе.“[27]

[24] С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 105.

[25] Под хиперинфлацијом се, следећи Кејганову (Cagan) дефиницију, сматра инфлација са месечном стопом раста цена од 50%. Према тој дефиницији, прва хиперинфлација у Србији, тада делу СФР Југославије, трајала је од септембра, закључно са децембром 1989. године, када је ступио на снагу антиинфлациони програм (познат као Марковићев програм). Највиша забележена месечна стопа инфлације износила је 59,7%.

[26] Друга хиперинфлација у Србији, тада делу СР Југославије, трајала је од априла 1992. године, закључно са јануаром 1994. године, када је ступио на снагу антиинфлациони програм (познат као Аврамовићев програм). Највиша забележена месечна стопа инфлације износила је 313 милиона %. У том тренутку, мерено највишом месечном стопом инфлације, та хиперинфлација је била друга забележена у историји. Касније је тај резултат премашен хиперинфлацијом у Зимбабвеу (март 2007 – новембар 2008). Методологија рангирања хиперинфлација и подаци до 2001. године описани су у: Jeffry Sachs, Felipe Larrian, *Macroeconomics in The Global Economy*, Harvester & Wheatsheaf, New York 2001. Подаци за Зимбабве преузети су са интернет адресе: *www.forbes.com*, 29. јануар 2017.

[27] Да ли је увођењем тако значајног изузетка правни карактер норме о монетарном номинализму промењен из императивног у диспозитивни, отворено је

Занимљиво је образложење Закона, конкретно члана 37, којим се мења члан 395. Законодавац образлаже увођење овако велике концесије доктрини монетарног валоризма, што се чини увођењем валутне клаузуле (као инструмента монетарног валоризма) инфлацијом, то јест губитком вредности домаће валуте, и то на следећи начин: „У постојећим условима високе инфлације и депрецијације новца, важеће решење према коме би се у наведеном случају испуњење обавезе могло захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе, причињава велике штете повериоцима новчаних обавеза и нарушава начело еквиваленције престација, као једно од основних начела на којима се заснивају облигациони односи. Имајући у виду наведено, као и да се у данашњим условима монетарне нестабилности новчане обавезе врло често односе на страну валуту, предложено решење има за циљ да поправи положај поверилаца у овим облигацијама и очува начело еквиваленције престација.“

Импликације таквог образложења увођења валутне клаузуле у ЗОО, а преко ње и значајног ограничења примене начела монетарног номинализма, веома су битне, будући да је то једино доступно образложење увођења валутне клаузуле у домаћи правни систем. Тим образложењем валутна клаузула и њена сврха везују се искључиво за инфлацију, то јест за губитак вредности домаћег новца. Стога се доследним језичким тумачењем тог образложења може закључити да је постојање инфлације потребан услов за примену валутне клаузуле – нема инфлације, нема ни потребе за валутном клаузулом, па није оправдано да се она употребљава. Формулација из образложења „у данашњим условима монетарне нестабилности“ указује на то да је инфлација привремени феномен, па се стога може закључити и да је оправданост употребе валутне клаузуле привремена.

Но, таквим тумачењем занемарује се контекст у коме су донете Измене и допуне ЗОО, којима је у домаћи правни систем уведена валутна клаузула, односно контекст у коме је писано то образложење. Заиста је у питању била ванредна, готово ургентна ситуација у којој је хиперинфлација у земљи у првој половини 1993. године већ знатно поткопала основе робноновчане привреде и из употребе практично избацила домаћу валуту.[28] Нарушавање робноновчане привреде могло се сагледати по знатно увећаној фреквенцији такозваних бар-

питање на које се у овом раду не одговара, али је извесно да је таква промена (такав изузетак) омогућила да примена доктрине монетарног валоризма добије значај.

[28] Појава истискивања из употребе домаћег новца и његова супституција страном валутом у макроекономској теорији позната је под називом Тијеров закон, који је тако назван по првом председнику Треће француске републике (Adolf Thiers). До тог истискивања долази уколико (убрзани) пораст слободноопливајућег курса стране валуте и (висока) стопа инфлације изазову смањење реалне тражње за новцем у земљи погођеној инфлацијом, управо онако како се то догодило у другој хиперинфлацији. Више о том закону вид. Peter Bernholz, Hans Gersbach, „Gresham's

тер послова, то јест по директном размењивању робе за робу, без коришћења новца. То је довело и до тога да су плате у одређеној мери исплаћиване робом, оним производима који улазе у потрошњу домаћинстава. Опасност која лежи иза таквог система размене јесу изузетно високи трансакциони трошкови који знатно отежавају размену, смањују обим производње и умањују економску ефикасност. Надаље, домаћа валута је изгубила све своје функције. Док је у ранијем периоду, пре него што је инфлација достигла ниво хиперинфлације, немачка марка коришћена у домаћој привреди искључиво као обрачунско средство и средство чувања богатства (штедња), она је у хиперинфлацији у великој мери преузела и две преостале функције: средство размене и средство одложеног плаћања. У таквим условима било је неопходно да се створи законска основа да се колико-толико заштити робноновчана привреда и поспеши тржишна размена.

Имајући тај неодложни задатак пред собом, законодавац је заштиту од тада већ галопирајуће хиперинфлације видео у њеном мерењу променом девизног курса динара у односу на, пре свега, немачку марку као тада већ резервну валуту у Србији. Такво решење може се оценити као једино могуће у ситуацији која је владала средином 1993. године. Иако се, начелно посматрано, инфлација мери индексом потрошачких цена (у то време индексом цена на мало), ниво инфлације је већ био толико висок да би, чак и да се израчунавао тај индекс, он био објављен са таквим закашњењем да од њега више не би било никакве користи. Стога је слободно формиран тзв. црни девизни курс био једини начин да се инфлација мери на одговарајући начин и да се номинална потраживања ефикасно ревалоризују. То су били разлози за увођење валутне клаузуле и законодавцу вероватно тада није стајало на располагању нити једно алтернативно решење које би једнако ефикасно заштитило робноновчану привреду и поспешило тржишну размену.

Узимајући у обзир све наведено, потпуно је јасно да законодавац у том тренутку уопште није узимао у обзир могућност да ће се једног дана домаће банке задуживати у иностранству и да ће грађани своје девизне уштеђевине депоновати у тим банкама. И то му се никако не може замерити. У време санкција у којима је обустављен сваки платни промет, а камоли проток капитала са иностранством, заиста се није водило рачуна о могућности да се једног дана, после укидања санкција и нормализације међународних економских односа, отворе ове могућности. Што се девизних депозита домаћинстава тиче, после „замрзавања“ девизне штедње грађана и потпуног колапса банкарског система, мало ко је узимао у обзир могућност да ће се тај банкарски систем обновити, додуше на потпуно другим основа-

Law: Theory“, *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance* (eds. P. Newman, M. Milgate, J. Eatwell), Vol. 2, Macmillan, London 1992, 286–288.

ма, и да ће девизни депозити грађана бити значајан део кредитног потенцијала банака. Дакле, при таквом увођењу валутне клаузуле у домаћи правни систем нико није имао у виду ситуацију која у Србији постоји у последњих десетак и више година да се банке задужују у девизама и одобравају кредите са валутном клаузулом како би се заштитиле од валутног ризика. Због тога ни то образложење не треба примењивати као основу за разумевање данашње ситуације и сврхе валутне клаузуле. Једноставно, директна употреба тог образложења за објашњење сврхе валутне клаузуле неминовно ствара заблуду, управо због специфичног контекста у коме је то образложење написано.

Очигледно је, међутим, да је то образложење имало велики утицај у правној пракси и да се и данас користи као правнотеоријска основа за погрешно циљно тумачење валутне клаузуле и њено разумевање као механизма заштите од инфлације. Тако се у уџбенику облигационог права из 2014. године наводи да валутна клаузула „...тежи очувању интереса повериоца у условима инфлације...“,[29] а судија Уставног суда у свом раду наводи да је валутна клаузула оправдана „...само у ситуацији када су због нереалног тржишног курса динара или негативних дејстава инфлације реално обезвређена динарска средства која су по уговору о кредиту дата кориснику кредита“.[30]

5. ЗАКЉУЧАК

Анализирани радови који припадају савременој домаћој литератури недвосмислено су потврдили постојаност уочене заблуде. Да ли се са истом сигурношћу може установити њено порекло? Вероватно не, али се може понудити макар оквир за одговор на то питање.

Сужавање простора за деловање монетарног номинализма и ширење примене доктрине монетарног валоризма није било постепено него је монетарни номинализам био готово неспутан све док се није појавила потреба ургентног решавања акутних проблема функционисања привреде. Промене у светским размерама током XX века које су поткопале економску оправданост монетарног номинализма ипак нису примећене, између осталог и због слабе

[29] Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 81.

[30] Д. Слијепчевић, 67. Узгред, бесмислена је формулација „нереални тржишни курс“. Девизни курс и његова промена могу бити номинални, што представља цену једне валуте изражену у другој, или реални, при чему се номинални курс коригује стопама инфлације у једној и другој земљи. Економска наука не познаје категорију нереалног девизног курса, био он тржишно или административно одређен. Стога остаје нејасно шта је аутор желео да искаже.

комуникације између домаћих правника и економиста. Можда се управо тиме може објаснити да се истрајавало у широкој примени начела монетарног номинализма и када су, у време знатне и продужене инфлације крајем осамдесетих година прошлог века, постале јасне неповољне економске последице те примене, не само по повериоца из облигационог односа.

Увођење значајног изузетка у примени начела монетарног номинализма, и то путем изричитог допуштања валутне клаузуле у јуну 1993. године, био је изнуђен потез у време када је било потребно ургентно решење акутног и дубоког проблема са којим се Србија суочавала: нестанак робноновчане привреде и замирање размене на тржишту. У таквим условима није било довољно времена за озбиљну академску расправу која подразумева свеобухватно разматрање различитих решења и анализу великог броја краткорочних и дугорочних последица. Решавање акутних проблема имало је приоритет, тако да се може разумети нестрпљење законодавца да донесе измене закона за које је сматрао да решавају најзначајније проблеме привреде у условима хиперинфлације.

Питање је, међутим, да ли треба имати разумевања за некритички приступ образложењу закона и, самим тим, сврси валутне клаузуле. Осим тога што је потпуно занемарен контекст – услови у којима је законодавац донео норму и приступио њеном циљном тумачењу у виду образложења – пренебрегнуто је и једно од основних правила правне херменеутике које подразумева да се правна норма тумачи *per se*, као и да од тренутка ступања на правну снагу норма започиње аутентични правни живот, без обзира на то каква је правна дејства њен творац имао на уму. Другим речима, питање је колико треба имати разумевања за то да се образложењу једног закона, ма колико тај закон био важан, дâ статус правнотеоријског текста којим се објашњава сврха одређене клаузуле. Механизам за „гашење пожара“, за ургентну ватрогасну акцију гашења пожара који се све више распламсава, тако добија статус доктринарног текста.

Дуговечности уочене заблуде вероватно доприноси и мешање позитивне, вредносно неутралне анализе, отелотворене у одговору на питање „чему нешто служи?“ и нормативне анализе отелотворене у одговору на питање „чему нешто треба да служи?“. Уколико је у образложењу закона написано да валутна клаузула треба да служи заштити повериоца од инфлације, то не мора неминовно да значи да у свакој ситуацији она служи управо томе. Свет око нас је сложен, динамичан и постаје све комплекснији, па спознаја стварности која нас окружује на основу читања и језичког тумачења образложења закона уместо тумачења законске норме *per se* не даје добре резултате – живот се баш не уклапа у калупе које прописује законодавна или

било која друга власт. Савремена наука се заснива на другачијим методолошким приступима.

Можда ће ове спознаје олакшати препознавање порекла неких других заблуда. Претпоставити да ће успети да их предупреде био би, вероватно, неразуман оптимизам.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Антић, О., *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Antić, O., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Беговић, Б., „Правно-економска анализа финансијског посредовања банкарског сектора у Србији: случај уговора о кредиту“, *Право и привреда*, 4–6/2016. (Begović, B., „Pravno-ekonomska analiza finansijskog posredovanja bankarskog sektora u Srbiji: slučaj ugovora o kreditu“, *Pravo i privreda* 4–6/2016)

Беговић, Б., „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016. (Begović, B., „Valutna klauzula: svrha, dileme i mogući ishodi“, *Pravo i privreda* 10–12/2016)

Bernholz, P., Gersbach, H., „Gresham's Law: Theory“, *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance* (eds. P. Newman, M. Milgate, J. Eatwell), Vol. 2, Macmillan, London 1992.

Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1987. (Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987)

Howells, P., Bain, K., *Financial Markets and Institutions*, Prentice Hall& Financial Time, New York – London 2007.

Круљ, В., Монетарни номинализам и доктрина валоризма, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/1978. (Krulj, V., Monetarni nominalizam i doktrina valorizma, Anali *Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–5/1978)

Круљ, В., *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Б. Благојевић, В. Круљ), Савремена администрација, Београд 1980. (Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori B. Blagojević, V. Krulj)*, Savremena administracija, Beograd 1980)

Митровић, Д., *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори С. Перовић, Д. Стојановић), књига прва, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1980. (Mitrović, D., *Komentar Zakona*

o obligacionim odnosima (redaktori S. Perović, D. Stojanović), knjiga prva, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 1980)

Перовић, С., *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd 1981)

Reinhart, C., Rogoff, K., *This Time is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, Princeton 2009.

Ристић, С., *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. С. Ристић), том други, Службени лист СРЈ, Београд 1978. (Ristić, S., *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (ur. S. Ristić), tom drugi, Službeni list SRJ, Beograd 1978)

Sachs, J., Larrian, F., *Macroeconomics in The Global Economy*, Harvester & Wheatsheaf, New York 2001.

Слијепчевић, Д., „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник* 16/2016. (Slijepčević, D., „Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu“, *Privredni savetnik* 16/2016)

Визнер, Б., *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Ријечка тискара, Загреб 1978. (Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb 1978)

Boris Begović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

Nikola Ilić

PhD student
University of Belgrade, Faculty of Law

ORIGINS OF MISAPPREHENSION CONCERNING THE PURPOSE OF THE FOREIGN CURRENCY CLAUSE

Summary

The paper identifies a widespread misapprehension concerning the purpose of the foreign currency clause and analyses the various possible reasons behind that misapprehension. The omnipresent dilemmas in domestic legal theory regarding the legal principle of monetary nominalism and valoristic doctrine are deliberated in the first part of the paper. The

second part deals with the wider macroeconomic context in which the legislator enabled contractual arrangements containing foreign currency clauses, thus providing a comprehensive explanation as to the origins of factual errors, and thereby misinterpretation and misunderstanding of the law.

Key words: *Monetary obligations. – Foreign currency clause. – Monetary valorism. – Bilateral contracts. – Credit contracts.*

Article history:
Received: 17. 3. 2017.
Accepted: 12. 6. 2017.

УДК 340.15(497.11)"11/12"

CERIF: H210, H220, H280, H300, S100, S114

Др Милена Полојац*

ЈУНАЦ КОЈИ БОДЕ У ЗАКОНОПРАВИЛУ СВЕТОГА САВЕ

Неколико случајева смртног исхода услед убода рогом бика (вола) казуистички су нормирани у архаичним законодавствима Блиског истока. Они су привукли пажњу многих научника. Једно од најчешће расправљаних и спорних питања јесте да ли и у коликој мери постоји веза између Мојсијевог законодавства и законодавстава старе Месопотамије. Одредбе Старог завета реципиране су у српско средњовековно право: налазе се у глави 48, параграф 21 Законоправила Светог Саве. У раду се истражује тај интересантан случај рецепције. Аутор покушава да одговори на питање када је и на који начин дошло до одступања у односу на библијски текст. Хипотезе које се износе тичу се пре свега односа између најстаријег сачуваног Иловичког преписа Законоправила и протографа који није сачуван.

Кључне речи: *Законоправило Светог Саве. – Иловички препис. – Јунац (во, бик) бодач. – Стари завет. – Законодавство старе Месопотамије.*

1. ВО КОЈИ БОДЕ У АРХАИЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА БЛИСКОГ ИСТОКА

Случај вола (бика) који убоде роговима казуистички је нормиран у архаичним законодавствима Блиског истока.[1] Одредбе се нала-

* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *polojac@ius.bg.ac.rs*

[1] Радови посвећени тој теми су бројни. Вид. A. van Selms, „The Goring Ox in Babylonian and Biblical Law", *Archiv Orientalni* 18, 4/1950, 327 и даље; Reuven Yaron, „The Goring Ox in Near Eastern Laws", *Israel Law Review* 1, 3/1966, 396–404; Reuven Yaron, *The Laws of Eshnunna*, Jerusalem 1969, Chapter Eight, Delicts. „The Goring Ox and Comparable Cases", 291–303; Jacob J. Finkelstein, „The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sover-

зе у два законика старе Месопотамије. То су Законик града Ешнуне (донет око 1770. године пре н. е.) и Хамурабијев законик (око 1750. године пре н. е.), оба написана на акадском језику.[2] Сличне норме се налазе у Старом завету, у другој књизи Мојсијевог петокњижја. [3]

Најстарије сачуване одредбе о волу бодачу део су Законика града Ешнуне.[4] Случајеви су регулисани у чл. 53 (бик убоде и усмрти другог бика), затим у чл. 54 (бик убоде слободног човека на смрт) и у чл. 55 (бик убоде роба на смрт):

„Ако во прободе другог вола и тиме узрочи његову смрт, двојица власника волова неке поделе вредност преживелог вола и остатака угинулог вола" (чл. 53);[5] „Ако во насрће роговима и власти које брину о томе обавесте његовог власника, али он не припази на свог вола и он прободе човека и тиме узрочи његову смрт, власник вола нека одмери и преда 40 шекела сребра" (чл. 54); „Ако прободе роба и тиме узрочи његову смрт, нека одмери и преда 15 шекела сребра" (чл. 55)[6]

У нешто млађем и познатијем Хамурабијевом законику такође су три одредбе посвећене тој проблематици:

„Ако во, пролазећи путем, прободе и усмрти човека, случај не даје основа за тужбу" (чл. 250);[7] „Ако је познато да човек има вола

eignty", *Temple Law Quarterly* 46, 2/1973, 169–290; Bernard Jackson, „The Goring Ox" (Chapter Five), *Essays in Jewish and Comparative Legal History*, Leiden 1975, 108–152; Marilyn A. Katz, „Ox-Slaughter and Goring Oxen: Homicide, Animal Sacrifice and Judical Process, *Yale Journal of Law & the Humanities* 4, 2/1992, Article 3; такође *http://digitalcommons. law.yale.edu/yjlh/vol4/iss2/3.*

2 Основне податке о тим законицима и преводе вид. у Војислав Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Београд 2013^3, 23 и даље.

3 Чланак под називом „Во који боде и Мојсијево законодавство" је објављен у зборнику радова у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), књига VI, Београд 2016, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Чланак је скраћен, модификован и интегрисан у овај текст као његов уводни део јер битно утиче на коначне закључке целокупног истраживања. Захваљујем асистенту Ненаду Божовићу с Православног богословског факултета Универзитета у Београду на колегијалној помоћи.

4 Текст је откривен 1945. и 1947. године у предграђу Багдада на две паралелне плоче. Објављен је 1948. године с преводом на енглески (A. Goetze, Yale Univ.).

5 Превод с енглеског Војислав Станимировић, 29.

6 Исто је прописано у случају бесног пса који убије човека или роба (чл. 56 и 57), а слично у случају трошног зида (чл. 58) који се уруши и усмрти слободног човека (*avilum*).

7 Превод с енглеског В. Станимировић, 70. Упор. превод Чедомира Марковића, *Закон Хамурабија*, Београд 1925: „Ако подивљао во у свом јурењу некога убоде и убије, за то нема потраживања" (чл. 250); „Ако нечији во хоће да убоде, и

који насрће роговима, и градске власти му скрену пажњу да му је во познат по махнитости, а он не подреже његове рогове, нити заузда свога вола, и тај во прободе и усмрти другог човека, он (власник вола) нека да 30 шекела сребра" (чл. 251); „Ако је био човеков роб (смртно прободен), он нека да 20 шекела сребра" (чл. 252).

Најмлађе Мојсијево законодавство, у другој књизи Мојсијевог Петокњижја, Излазак (*Exodus*), глава 21, садржи сличне прописе. Та друга књига Мојсијевог законодавства се сматра једном од најстаријих делова Библије:

„Ако во убоде човека или жену, те умре, да се во заспе камењем и да се не једе месо од њега, а господар од вола да није крив" (21.28); „Али ако је во пре био бодач и господар његов знао за то па га није чувао, те убије човека или жену, во да се заспе камењем, и господар његов да се погуби" (21.29); „Ако му се одреди да се откупи, нека да откуп за живот свој, колико му се одреди" (21.30); „Ако убоде сина или кћер, да му буде по истом закону" (21.31); „Ако ли роба убоде во или робињу, да дâ господару њиховом тридесет сикала сребра и во да се заспе камењем" (21.32); „Ако во једног убоде вола другом, те погине, онда да продаду вола живог и новце да поделе, тако и убијеног вола да поделе" (21.35); „Ако ли се знало да је во пре био бодач па га није чувао господар његов, да да вола за вола, а убијени нека буде њему" (21.36).[8]

Сличност између тих норми намеће се у први мах. Сва три законодавства користе казуистичке норме и садрже исте или сличне ситуације: бик је убодом роговима усмртио слободног човека, роба или животињу. Ни у једном законодавству не спомиње се рањавање.[9] У сва три законодавства релевантно је то да ли је бик (во) био или није био познат као бодач и да ли је власник знао или није знао за ту његову особину. Видљиве су, међутим, међусобне разлике и специфичности појединих законодавстава. Због тога је наука дала различита, па чак и сасвим опречна мишљења о томе да ли постоји међусобна веза између тих архаичних законодавстава Блиског истока.

Рувен Јарон истиче пре свега сличност између старих законодавстава Блиског истока и закључује да се објашњење може наћи у заједничкој оријенталној правној пракси.[10] Како каже, то је нека врста

ако му је (сопственику) то познато, он његове рогове није подрезао ни спречио свога вола, ако во удари сина слободног човека и убије га, платиће пола мине сребра" (чл. 251); „Ако је жртва роб неког човека, власник ће платити 1/3 мине сребра" (чл. 252).

[8] Превод Ђ. Даничић, Библија – on line, српски, *http://wwwyu.com/biblija/022mo021.htm*, 1. oktobar 2016.

[9] Рањавање се, додуше, помиње у јеврејском Талмуду. – R. Yaron, 1966, 398.

[10] *Ibid.*

ius gentium-а народа античког Блиског истока.[11] Јарон закључује да постоји истовремено међусобна зависност блискоисточних права и независност сваког од законодавстава.

Алан Вотсон узима те древне блискоистичне одредбе као илустративан пример и увод у своју теорију о правним трансплантима. Он у основи прихвата ставове Рувена Јарона истичући: „Ових пет одредби које смо разматрали, почевши од закона Ешнуне преко Хамурабијевог законика па све до Друге књиге Мојсијеве, показују такве сличности у својим формулацијама и у погледу своје суштине да нека, мада далека веза мора да постоји између њих. Природа сличности у погледу стила и суштине такве је врсте да оне искључују могућност упоредног правног развоја. Оне вероватно деле један крајњи заједнички извор."[12]

У неким аспектима постоји већа сличност између Закона града Ешнуне и Библије, на пример, у случају бика који на смрт прободе другог бика (Ешнунски законик, чл. 53, и *Exodus*, 21:35). Власници преживелог и угинулог вола поделиће вредност живог вола и тела мртвог вола. У Хамурабијевом закону нема те норме. Иако је у начелу систематичнији и детаљнији од Ешнунског законика, Хамурабијев законик има више празнина од свог старијег месопотомијског претходника у регулисању тих случајева.

Међутим, постоји битна разлика између Законика града Ешнуне и Хамурабијевог законика, с једне стране, и Библије, с друге стране, кад је реч о санкцији за случај смрти слободног човека. У месопотамијским законицима предвиђене су новчане казне за случајеве смртног исхода проузрокованог убодом бика под условом да постоји претходно знање власника за ту особину, док је у Библији предвиђено каменовање бика, а у неким случајевима и смртна казна за власника. У месопотамијским законицима одговорност је искључиво на власнику, док нема помена ни о каквој врсти одговорности животиње, чиме се наглашава да животиње у тој култури имају

[11] Тај заједнички извор за оријентална права он доказује и поређењем са неким неоријенталним правима која имају друкчија решења као што је, на пример, Гортински законик или став римског правника Квинта Муција Сцеволе у случају борбе овнова или бикова. *Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.* Наиме, у фрагменту који преноси Улпијан (Д.9.1.1.11) битно је који је од волова или бикова започео тучу. Ако је во „агресор" усмртио другог вола, онда постоји одговорност (ноксална) његовог власника. У противном, ако је усмрћен во „агресор", онда нема одговорности. – *Ibid.*, 406.

[12] Алан Вотсон, *Правни трансплanti* (превод с енглеског Силва Митровић), Београд 2000, 51.

позицију искључиво инструмента.[13] Та разлика је заиста суштинска и зато заслужује посебно објашњење. Управо је та одредба основ за тврдњу неких аутора да нема никакве сличности нити међусобног утицаја између библијског права и осталих оријенталних права,[14] што је свакако претерана и зато тешко прихватљива тврдња.[15]

2. МОЈСИЈЕВО ЗАКОНОДАВСТВО

Посебност Мојсијевог законодавства у односу на права старих цивилизација Месопотамије може се свести на четири тачке: 1) во бодач мора да буде каменован; 2) његово место се не сме јести; 3) власник опасног вола је такође кажњаван смртном казном уколико је знао за особине своје животиње и 4) тај власник може дати откуп за свој живот.

Посебну пажњу интерпретатора привукле су одредба о каменовању и забрана конзумирања меса каменоване животиње.

Каменовање се у Старом завету спомиње на много места. У петој књизи Мојсијевог законодавства, на пример, то је санкција за идолопоклонство[16], за самовољног и непокорног сина[17], за сексуалне деликте које почини жена пре удаје[18] или за сексуални однос са испрошеном девојком.[19] На основу Мојсијеве наредбе, каменован ће бити и онај ко прекорачи постављену међу и ступи на Синајску гору.[20]

У науци постоји дилема поводом тога да ли је каменовање животиње вид санкције за кривично дело, дакле облик смртне казне за убиство и тако део судске процедуре, или је то облик линча који се спроводи изван судског поступка? Да ли је то мера религиозног карактера којом се забрањује додир с религиозно нечистим или је то само утилитарна мера за заштиту заједнице од опасности? Тумачења су бројна.[21] Указаћемо на нека.

[13] Marilyn A. Katz, 260. Чланак је доступан и на: *http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol4/iss2/3.*

[14] V. Selms, 327 и даље.

[15] R. Yaron, 1966, 399.

[16] Поновљени закон, 17.5.

[17] *Ibid*., 21.19–21.

[18] *Ibid*., 22.21.

[19] *Ibid*., 22.24.

[20] Друга књига Мојсијева, Излазак, 19.12–13.

[21] О каменовању као казни за кривично дело и виду ванинституционалног погубљења у историји српског права вид. Зоран С. Мирковић, *Смртна казна и*

Према доста раширеном мишљењу, то је случај кажњавања животиње за кривично дело убиства познат у многим старим културама, који није ишчезао ни у средњем веку па чак ни у модерно доба.[22] Каменовање је казна за убиство, а во се, слично као човек, третира као убица. У позадини тих поступака је схватање да животиња има менталну способност неопходну за кривичну одговорност или да животиња поседује магичну или демонску моћ. Право Месопотамије је изузетак и издваја се од осталих архаичних законодавстава као веома напредно. То становиште је претрпело озбиљне критике. Каменовање, као што је видљиво из наведених примера из Старог завета, нигде није предвиђено као вид извршења смртне казне за убиство.[23] Убиство је у архаично доба било кривично дело које подразумева приватну освету, то јест егзекуцију над кривцем од најближег рођака убијеног или је то пак дело које санкционише јавна власт. У каменовању, међутим, учествује целокупна заједница, а не само представник власти или повређена страна. Такође, каменовање се извршава на јавном месту, док убиство у библијско време није било потпуно јавна ствар и кажњавање и начин егзекуције су били остављани сродницима убијеног. Најчешће је то било мачем. Из свих тих разлога каменовање животиње се тешко може сматрати формом судске смртне казне. Такође, још је мање вероватно да је вођен процес против животиње.

Неки аутори наглашавају да је каменовање резултат типично јеврејских религиозних концепата који вреднују људски живот тако високо да траже одмазду чак и од животиње.[24] Такође се истиче да постоји аверзија библијског законодавца према могућности новчане компензације за људски живот.[25] За разлику од религиозно инспири-

казна трчања кроз шибе у Србији 1804–1860 (ритуали погубљења и јавног мучења), Београд 2013, 33 и даље.

22 Karl von Amira, *Thierstrafen und Thierprocess*, Innsbruck 1891, 1 и даље; Carlo d'Addosio, *Bestie Delinquenti,* Napoli 1892; Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston –Toronto – London 1963. (first published 1881), 21. Вид. E. P. Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, London – Boston 1987. (first published 1906), foreword by Nicholas Humphrey, XIII–XXXI, Intorduction, 1–17.

23 M. Katz, 262; B. Jackson*,* 112.

24 Jacob J. Finkelstein, 169 и даље, посебно 180–181; J. Mélèze Modrzejewski, „Hommes libres et bêtes dans les droits antiques", *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l'Antiquité*, Variorum, GB – USA 1993, 99 и даље.

25 J. J. Finkelstein, 186. Тај аутор у библијским одредбама о волу који на смрт убоде човека па буде каменован види претечу институције *deodandum* која је постојала у енглеском *common law* систему све до 1846. године. Реч је о доктирини да је суверен овлашћен да изврши заплену тј. конфискацију „ствари или животиње кривца", без обзира на интерес његовог власника. *Ratio* је у томе да је држава (круна) овде у улози заступника трансценденталних вредности коју је преузела од цркве. Та доктрина је настала комбинацијом, спајањем, укрштањем двеју традиција:

саног библијског права, право Месопотамије се интересује само за економске аспекте тих случајева.[26] И том стајалишту се може упутити критика јер и Библија познаје случајеве дозвољеног убиства, као што је убиство лопова ноћу или убиство у самоодбрани.[27]

Каменовање је ритуал који има религиозни карактер. Заједница је претрпела срамоту и ритуално прљање, односно скрнављење. Каменовање служи томе да се избегне физички контакт с човеком или животињом која је преступник. Мотив је религиозног карактера с циљем да се избегне опасност религиозне заразе или загађења (онечишћења) које се преноси у случају контакта са религиозно нечистим. Наиме, у случају бика који убоде човека проливена је људска крв и тиме је дошло до ритуалног загађења (прљања) животиње. Овде се у први план истичу специфичне библијске категорије чистоће и загађења. Потреба за искупљењем терети целокупну заједницу.

Проливање људске крви може се тумачити и као злочин против хијерархије и космичког поретка који је успоставио Стваралац. Тиме се превазилазе категорије чистоће и загађења које имају карактер примитивног ритуала, а то кривично дело поприма у ствари карактер дела политичког карактера – побуна против космичког поретка.[28]

Ауторка Мерилин Кац објашњење за каменовање животиње налази у једном јеврејском ритуалу који се примењује када је убица непознат. Наиме, свако убиство доноси кривицу за проливање крви у заједницу којој припада починилац и та кривица се мора испаштати. Када се зна ко је починилац, он сноси кривицу и рођаци умрлог имају право на освету као „искупитељи крви“ убијеног. Ако убица није познат, кривица за проливену крв терети целу заједницу. Она се може спрати у јеврејској заједници ако се казна изврши на животињи (јуници) која замењује убицу. У случају вола бодача, „убица“ је познат, али он није такав да му се може приписати одговарајућа намера за злочин убиства (*mens rea*). Зато ће он бити каменован, не као стварни извршилац кривичног дела, него према аналогији с непознатим извршитељем.[29] Животиња није третирана као убица и кривац. Она је каменована, не зато што је починила убиство, него зато што је инструмент посредством којег је кривица за проливену људску крв дошла у заједницу.[30]

библијске и прехришћанске (античка грчка и римска традиција). Кристијанизацијом двеју традиција старе институције каменовања бика (Библија) и ноксалног изручења (Рим и вероватно Грчка), у случају смрти, не и рањавања, претвориле су се у институцију деоданда.

26 A. van Selms, 327–329.

27 Поновљени закон, 22.23, 22.25–27.

28 M. A. Katz, 263.

29 *Ibid.*, 264.

30 *Ibid.*, 268.

У већини случајева каменовање је пре свега мера за заштиту заједнице, пре него казна, мисли Џексон.[31] Он сматра да је каменовање било рани облик линча и да је практиковано изван судске машинерије и није било ограничено на случајеве када је прекршено право. Из норме није видљиво да је каменовање вола завршено смртним исходом. Џексон закључује да је могуће да се полуномадска заједница из времена Мојсија могла задовољити и тиме да једноставно истера у пустињу животињу која представља извор опасности за живот чланова заједнице.[32] Тако би се каменовање вола могло схватити као утилитарна мера. Сврха каменовања није било кажњавање већ уклањање животиње из заједнице, било да је она усмрћена или прогнана у пустињу.[33]

Постоји мишљење да каменовање није вид казне за животињу саму већ за њеног власника који је није довољно пажљиво чувао.[34] Та одговорност власника је посредна и састоји се у губитку животиње, а такође и у забрани употребе меса за јело убијене животиње.[35] Наравно, у случају да је власник знао за особину свога вола па га није довољно чувао, смртна казна ће непосредно погодити и власника, иако се не прецизира облик њеног извршења.

Обично се сматра да је разлог забране конзумирања меса вола који на смрт убоде човека то што је животиња ритуално прљава. Она представља табу зато што је пролила људску крв. Она је нечиста и зато је смртник не може користити у профане сврхе каква је и исхрана.

Комплексно тумачење те библијске забране дала је Марилин Кац. Стари завет треба посматрати у ширем контексту као мешавину правних и моралних норми, те оних из сфере религије, култа, правила исхране и хигијене. С тим вези, у Библији налазимо правила о жртвовању животиња, о конзумирању животињског меса, о забрани конзумирања крви животиња и о апсолутној забрани проливања људске крви.[36] Ауторка повезује одредбе о убиству човека које почини животиња с ритуалним убијањем животиња од људи у ритуалу богослужења. Она види међусобни утицај сфере права и сфере култа и истиче њихову парадоксалну комплементарност.[37]

---

[31] B. Jackson, 114.

[32] *Ibid*., 115.

[33] B. Jackson, 120.

[34] Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II.3.3.

[35] *Herders Theologischer Kommentar zum Alten Testament* (herausg. Erich Zenger), Herder – Freiburg – Basel – Wien, *Exodus*, 19–40, übersetzt und ausgelegt von Christoph Dohmen, 166.

[36] Постање, 9.5: Ко пролије крв човечију, његову ће крв пролити човек; јер је Бог по свом обличју створио човека.

[37] M. A. Katz, 249 и даље. Ауторка компаративно проучава феномен приношења жртава, то јест жртвовање животиња у митовима и пракси у старој Грчкој, Месопотамији и јудаизму Старог завета и доводи их у везу с кривичноправним

У Библији се почетак праксе жртвовања животиња уводи након потопа[38], када је Ноје спонтано понудио животиње Богу. Што се тиче режима исхране за људе и животиње, у почетку је за људе било предвиђено да се хране биљкама које расту из семена, а животињама је препуштено да се хране свим зеленим биљкама.[39] Након избацивања човека из раја, човеку припадају траве с поља и плодови његовог властитог рада.[40] У време када је живео Ноје човеку је било допуштено конзумирање животињског меса.[41] Истовремено је оштро раздвојена дозвола за конзумирање животињског меса од строге забране конзумирања крви животиње јер крв даје живот месу.[42] То је животна крв (*life-blood*). Текст се наставља тако што се забрани конзумирања крви животиња додаје забрана да човек или животиња пролије људску крв.[43]

Библија допушта доминацију људи над животињама, али је она ограничена јер је Бог управљач свим постојећим, а такође и власник. Људима је забрањено да конзумирају животињску крв јер је Бог власник живота и његов управљач, а живот се налази у крви. Према Библији, људи могу убити животињу и пролити њену крв само према строгим правилима процедуре, док обрнуто, постоји апсолутна забрана проливања људске крви. У Библији се објашњава ритуал жртвовања статусом Бога као управљача свим постојећим и његовим власничким интересом над животињским светом. Зато се у поступку жртвовања одвајају маст и крв и нуде се Богу, пре него што месо буде доступно конзумацији људи. Жртвовање је процедура очишћења која животињско месо чини подобним за јело. Каменована животиња је подвргнута процедури која је избацује из људског друштва и чини је неподобном за жртвовање.[44]

одредбама о убиству људи од животиња. Ауторка се посебно осврће на познати ритуал убиства вола – буфонија (βουφόνια). Детаљан опис ритуала, 254 и даље.

[38] Прва књига Мојсијева (Књига постања, *Genesis*), 8.20: „И начини Ноје жртвеник Господу, и узе од сваке чисте стоке и од свих птица чистих, и принесе на жртвенику жртве паљенице."

[39] Књига постања, глава 1.29–30: „И још рече Бог: Ево, дао сам вам све биље што носи семе по свој земљи, и сва дрвета родна која носе семе; то ће вам бити за храну. А свим зверима земаљским и свим птицама небеским и свему што се миче на земљи и у чему има душа жива, дао сам сву траву да једу. И би тако."

[40] Књига постања, 3.18–19: „Трње и коров ће рађати, а ти ћеш јести зеље пољско; Са знојем лица својега јешћеш хлеб, докле се не вратиш у земљу од које си узет, јер си прах, и у прах ћеш се вратити."

[41] Књига постања, 9.3: „Што се год миче и живи, нека вам буде за јело, све вам то дадох као зелену траву."

[42] Књига постања, 9.4: „Али не једите меса с душом његовом, а то му је крв."

[43] Књига постања, 9.5: „Јер ћу и вашу крв, душе ваше, искати; од сваке ћу је звери искати, из руке самога човека, из руке свакога брата његова искаћу душу човечију."

[44] M. A. Katz, 268.

3. ЗАКОНОПРАВИЛО СВЕТОГА САВЕ – ИЛОВИЧКИ ПРЕПИС

Законоправило Светога Саве настало је почетком XIII века, око 1220. године, у Хиландару и/или Солуну.[45] Тај велики законодавни подухват био је део ширег плана усмереног на стицање самосталности цркве и државе.

Свети Сава је дао да се сачини онолико преписа Законоправила колико је било епископија у Србији, а оригинал (протограф) чувао се у Жичи, али је одатле нестао вероватно већ 1253. године када су Бугари с Куманима похарали Жичу. Оригинал није пронађен као ни први преписи за потребе епископија који директно потичу од Савиног протографа.[46]

Иловички препис је најстарији сачувани рукопис Савиног Законоправила и један од једанаест постојећих рукописа тзв. српске рецензије који су настајали у распону од XIII до XVII века.[47] Рукопис се налази у библиотеци (архиву) Хрватске академије знаности и умјетности (ХАЗУ), претходно Југославенска академија знаности и умјетности (ЈАЗУ) у Загребу. Овде је доспео као власништво Антуна Михановића, ондашњег аустријског конзула у Солуну. Први опис тог рукописа дао је хрватски слависта Ватрослав Јагић.[48] Постојала је

[45] „И тако оде у свој манастир Филокал, где од почетка имаше пребивалиште. Ту давши много злата, и братство своје обдари прилозима, и уписа помен својим родитељима и себи незаборавно до краја. И ту оставши колико хтеде, преписа многе законске књиге и о исправљењу вере, које потребоваше његова саборна црква. И све учинивши што је на потребу светињи његовој, и тако се подиже ка земљи свога отачества.“ – Доментијан, „Житије Светога Саве“, *Стефан Првовенчани, Доментијан, Теодосије* (прир. Љиљана Јухас Георгијевска), Антологијска едиција *Десет векова српске књижевности*, књига 2, Матица српска, Нови Сад 2012, 128.

[46] Најранији препис о којем се зна на основу помена у Милешевском рукопису јесте препис који је сачинио будимљански епископ Теофил 1252. године.

[47] Остали рукописи српске рецензије су Рашки (у рукописном одељењу Историјског музеја у Москви и у Лењиновој библиотеци у Москви), Дечански (у библиотеци Дечанске лавре), Пчињски (у библиотеци САНУ), Сарајевски (у музеју Старе цркве у Сарајеву), Београдски (у Народној библиотеци Србије), Хиландарски (рукописно одељење Бечке националне библиотеке), Савински (у манистиру Савина код Херцег Новог), Пећки (САНУ), Милешевски (национални музеј у Букурешту), Морачки. Они су настали у распону од XIII до XVII века, с текстуалним разликама. Рукописе је Сергије Троицки описао и поређао хронолошким редом: Аутограф 1219, Теофилов 1252, Иловички 1262, оригинал Пећког рукописа око 1270, Германовски 1295, Рашки 1295–1305, Дечански око 1340, Пчињски око 1360, Сарајевски пре 1371, Београдски око 1470, Хиландарски око 1500, Савински око 1510, Милешевски око 1550, Пећки око 1552, Морачки 1615. – Сергије В. Троицки, „Како треба издати Светосавску крмчију (Номоканон са тумачењима)“, САНУ, *Споменик* CII, Одељење друштвених наука, Нова серија 4, Београд 1952, 67.

[48] Vatroslav Jagić, „Opisi i izvodi iz nekoliko južno-slovinskih rukopisa. Krmčaja ilovička godine 1262“, *Starine VI*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb

идеја да се текст Иловичког преписа изда у Загребу, у Југославенској академији знаности и умјетности, за што се залагао председник ове академије Фрањо Рачки.[49] У првој половини XX века посао издавања Законоправила пренет је у Србију.[50] Иловички рукопис је изабран као основ за критичко издање Номоканона Светог Саве с преводом на модерни српски језик јер се сматра временски, а и садржајно најближим оригиналу. Рукопис је најпре постао доступан широј јавности захваљујући фототипском издању које је приредио Миодраг Петровић.[51] До данас је преведен и објављен први део Законоправила. То издање садржи упоредни текст на српскословенском језику и превод на модерни српски језик. Преведено је и објављено 47 глава зборника од укупно 64 главе.[52] Одредбе главе 48. које су предмет

1874, 60–111. Пре тога је послао опис у Петербург где га је штампао и допунио петроградски академик Срезњевски. Јагић пише следеће: „G. J. Sreznevski priznaje, da je ono moj trud; i tako ja se smijem na nj pozivati kao na svoje djelo, dopunjeno slavnim akademikom peterburškim“ – V. Jagić, 61. Опис и у Vladimir Mošin, *Ćirilički rukopisi jugoslavenske akademije*, I dio, opis rukopisa jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1955; „Krmčija ilovička, Raška redakcija 1262. god.“. Рукопис је означен као III c 9 (Mihan. 26), 48–54.

49 То се види из преписке између Ватрослава Јагића и Фрање Рачког: „Прије мјесец дана пише ми Павлов те пита зашто не издајемо код нас у Академији Крмчије иловичке? Он ми обећаје сваку помоћ да се тога латим. Ну мислим да је ту задаћу већ неко дурги преузео. Кад не бисте имали бољега и вреднијега, ја бих могао за двије године тај посао пристојно обавити, не прије... Шта дакле мислите? Не би ли наша Академија тај посао преузела? О Нов(аковићу – Стојан Новаковић прим. аутора) двојим да би свој текст нама одступио, а пошто је исту студију учинио Флорински, би ли он за тај посао био? тј. да приреди Душ. закон с синтагмом, а Ви иловичку крмчију. Радо бих знати што мислите... (одговор Јагића Рачком): Сада се овдје управо преписује Болоњски псалтир, који мислим издати заједно с коментаром (и грчким текстом) о трошку царске Академије. Тај ће посао запремати читаву ову годину. Не бих дакле Иловичке крмчије требало овамо прије почетка 1890. године.“ – Ватрослав Јагић, *Спомени мојега живота*, II дио (1880–1923), Српска краљевска академија, посебна издања, књига CIV, друштвени и историјски списи, књига 45, Издање Задужбине д-ра Николе Крстића 12, Београд 1934, 174–175.

50 „Иницијатива из 1938, када је Српска краљевска академија, на предлог Томе Живановића, формирала Одбор за издавање зборника извора за старо српско право, није могла довести до неког озбиљнијег резултата када је реч о Крмчији, пошто је тежиште рада било на Душановом законику. Прави темељи овом подухвату постављени су тек 1951. године оснивањем нарочитог Одбора САНУ за издавање Крмчије. Од 1961. године пројект издавања Крмчије преузео је Историјски институт у Београду, а за главног редактора и носиоца овог великог посла постављен је Сергије Троицки.“ – Димитрије Богдановић, Међународни научни скуп *Сава Немањић – Свети Сава, историја и предање*, децембар 1976, САНУ, Научни скупови, књига VII, Београд 1979, 95.

51 *Законоправило или Номоканон светога Саве: Иловички препис 1262. године* (прир. и прилоге написао М. Петровић), Дечје новине, Горњи Милановац, Историјски институт САНУ, Републички завод за међународну научну, просветну, културну и техничку сарадњу, Народна библиотека Србије, Београд 1991.

52 *Законоправило Светога Саве 1* (прир. и прев. Миодраг М. Петровић, Љубица Штављанин-Ђорђевић), Историјски институт, Београд 2005.

интересовања у овом раду, дакле, нису још увек добиле свој званичан превод на модеран српски језик.

Узима се да је Иловички препис настао 1262. године, четрдесетак година након што је Свети Сава донео Законоправило из солунског манастира Филокал у Жичу.[53] Сматра се да је тај рукопис не само временски, него и по садржају близак протографу, па је стога изузетно важан за откривање садржаја оригинала.[54]

Име је добио по месту Иловица, на Превлаци код Тивта, где се налази манастир Светих Арханђела, тадашње седиште Зетске епархије. Преписивач је био писар Богдан који је радио по налогу зетског епископа Неофита, што је записано у поговору Иловичке крмчије.

Ортографија Иловичког рукописа типична је за ортографију Рашке школе. Ипак, у рукопису се користи већи број тзв. русизама. Ту чињеницу је открио и обелоданио Ватрослав Јагић. Она је представљала основни аргумент за тврдњу да је Светосавски номоканон преписан са руског оригинала, чиме је Савина креативна улога сведена на минимум.

Осим тога, у поговору писара Богдана уопште се не спомињу Свети Сава ни архиепископске књиге, иако о постојању Савиног протографа сведоче поговори у четири сачувана рукописа: Рашком, Пећком, Милешевском и Морачком.[55]

4. ГЛАВА 48, ПАРАГРАФ 21

Законоправило Светог Саве или Крмчија, како је у научној литератури та књига раније чешће називана, највећа је рукописна

[53] „Палеографска анализа заснована на новим искуствима, на пример, открива у Иловичкој крмчији слој доста старији од 1262 (можда чак из пете деценије 13. века!)“. То наводи Димитрије Богдановић и позива се на истраживања Луције Цернић и Биљане Јовановић, археографа Народне библиотеке Србије у Београду. – Д. Богдановић (1976), 95 и даље.

[54] „Иловичка крмчија, као најстарији сачувани препис Светосавског номоканона, и уз то препис временски близак протографу (од кога га одваја највише око четрдесет година) веома је значајна за реконструкцију оригинала ове важне црквеноправне кодификације, која је у великој мјери одредила даље путеве државног и друштвеног уређења у средњовјековној Србији.“ – Димитрије Богдановић, „Иловичка крмчија“, *Историја Црне Горе*, књига друга (*Од краја XII до краја XV вијека*), том први (*Црна Гора у доба Немањића*), Титоград 1970, 111.

[55] „Изађе, пак, на светлост нашег језика овај божаствени спис старањем и љубављу великом и жељом из младости освећеног, богочастивог и преосвећеног и првог архиепископа све српске земље кир Саве, сина преподобног оца Симеона, првога наставника све српске земље...“ – Вид. Миодраг М. Петровић, „Свети Сава као састављач и преводилац Законоправила – српског Номоканона“, *Историјски часопис* XLIX/2002, 40.

правна књига и најважнији правни извор средњовековног српског канонског и световног права. О садржају и композицији Троицки наглашава: „Крмчија са тумачењима није неки једноставни споменик, него је то опширни зборник многобројних споменика, различитих како по своме садржају, тако и по своме пореклу. У њу је укључено више од стотину дела канонског, грађанско-правног, литургијског и моралног садржаја, који потичу од колегијалних црквених органа-сабора и синода и од лица различитог друштвеног положаја, почев од византијских царева и патриараха, до епископа, игумана и презвитера, који су живели у периоду од хиљаду година у разним покрајинама тадашњег културног света.“[56]

Најобимнији је канонски део Законоправила који обухвата прве 44 књиге,[57] у којем је најпре дата историја васељенских и месних сабора, најважнији део су апостолска и саборска правила, затим долазе правила и посланице светих отаца. То је укратко садржај канонског дела.

Од главе 45 почиње грађанско-канонски део Крмчије, који обухвата једну трећину зборника. Делови Јустинијановог законодавства (Кодекса, Дигеста и Новела) уврштени су у главу 45, а глава 47 садржи делове Јустинијанових Новела, затим следи Мојсијево законодавство (глава 48) и цео Прохирон (глава 55).[58]

У глави 48 реципирани су делови Мојсијевог законодавства. У параграфу 21 налази се одредба о јунцу који боде рогом:

„Ако јунац прободе рогом мушкарца или жену и они умру, камењем да буде убијен јунац тај, и поједе се месо његово. А његов господар да буде невин. Ако ли је јунац био бодач и пре јучерашњег и трећег (прекјучерашњег) дана, посведочише господару његовом о њему и не закоље га, а он прободе мушкарца или жену, јунац да се убије камењем, а да умре с њим и господар његов. Ако ли му се цена избављења одреди, да дâ избављење за душу своју колико му се наложи. Ако ли некоме сина или кћер прободе (јунац) нека му се пресуди на исти начин. Ако ли роба или робињу прободе нека исплати њиховом господару сребра тридесет дидрахми. А јунац камењем убијен да буде. Ако ли прободе јунац јунца неког билижњег, па овај умре, да продају јунца бодача живог и разделе сребро од њега. И умрлог јунца да поделе. Ако ли се зна да је јунац и раније био бодач па га господар његов није заклао, нека да свога јунца за убијеног, а убијени да остане њему.“[59]

---

[56] С. В. Троицки (1952), 1.

[57] Детаљан преглед глава и других одељака Крмчије с исцрпном литературом у прилогу трећем: С. Троицки (1952), 76 и даље.

[58] *Ibid.*, 84 и даље.

[59] На текст ми је скренуо пажњу проф. др Жика Бујуклић. Текст је са српскословенског превела доц. др Нина Кршљанин. Захваљујем им на колегијалној помоћи.

Текст се налази на листу 252а Иловичког рукописа. Почиње у последњем реду прве колумне, протеже се на целу другу колумну, а завршава на следећем листу 252б. Текст је у основи веран библијском предлошку. Додуше, може се приметити разлика у терминологији. Наиме, у библијском тексту се користи израз во или бик[60], док се у Законоправилу говори о јунцу. Ипак, разлика која највише пада у очи у односу на библијски текст је да не постоји забрана конзумирања меса каменоване животиње као у Старом завету. Напротив, према тексту Иловичке Крмчије месо каменованог говеда се једе (транскрибовано „и изједет се меса јего“), што је супротно изворнику:

ка. аще юнц прободет рогомь моужа или женоу и оумреть. каменниємь да побиѥнь боудеть юнць тьь. и изѣдеть се меса ѥго.

Само по себи се намеће питање како је дошло до те промене у односу на изворни библијски текст. Да ли је ово одступање постојало већ у протографу? Да ли се оно појавило у неком другом ранијем препису Законоправила или се оно појављује први пут тек у Иловичком рукопису?

Осим Иловичког, прегледани су још и фототипско издање Сарајевског преписа из XIV века[61] и Београдски препис из треће четвртине XV века који се чува у Народној библиотеци Србије.[62] У оба та рукописа постоји исто одступање од библијског текста као и у Иловичком рукопису: месо каменованог јунца се једе (Сарајевски рукопис, лист 239а[63]; Београдски рукопис, лист

[60] Аутор рада не познаје хебрејски језик, оригинални језик Старог завета, па зато полази од превода на енглески језик у којима се може наћи како *ox* (во), тако и *bull* (бик).

[61] *Сарајевски препис Законоправила Светог Саве из XIV вијека*, фототипија (прир. проф. др Станка Стјепановић, Јеромонах Серафим [Глигић]), Издавачка кућа Митрополије дабробосанске „Дабар“, Лакташи 2013. Рукопис се чува у музеју Старе цркве у Сарајеву под бројем 222. Писан је на пергаменту. Сада има 381 лист. Описан је више пута. О њему је први пут писао архимандрит Сава Косановић, а затим Мита Живковић, Љ. Стојановић, Мил. М. Вукићевић, А. Соловјев, а нарочито детаљно га је описао С. Троицки (1952), Прилог други, Опис рукописа Крмчије са тумачењима и њених грчких оригинала, 41–48. А. Соловјев сматра да су ранији описи недовољни, а Троицки говори о опису Саве Косановића као дилетантском.

[62] Препис се чува у Народој библиотеци Србије под бројем 48. Правопис је Рашке школе, нема русизама. Нема поговора у којем се спомињу архиепископске књиге Светога Саве. По томе се не разликује од Иловичке и Сарајевске крмчије. – С. Троицки (1952), 48–50. Рукопис је описан у Љубица Штављанин-Ђорђевић, Мирослава Гроздоворић-Пајић, Луција Цернић, *Опис ћирилских рукописа Народне библиотеке Србије* (прва књига), Београд 1986, 108 и даље.

[63] Као и Иловички препис, и Сарајевски је писан у два ступца (колумне). Текст почиње при крају прве колумне. Одредба која је у средишту наше анализе завршава се у првом ступцу, за разлику од Иловичког преписа. Садржај и формулације не разликују се од Иловичког преписа. – Вид. *Сарајевски препис Законоправила Светог Саве из XIV века* (прев. Слободан Продић, Станка Стјепановић), Издавачка кућа

260б[64]). Сарајевски препис је оцењен као изузетно важан за утврђивање садржаја оригинала. У генеалогији рукописа сврстан је у групу која има блиску везу са Савиним протографом, а грешке су малобројне и имају случајни карактер.[65] Београдски рукопис није потпун, али се и за њега сматра да је значајан за одређивање текста протографа.[66]

Међутим, у примерку штампане Крмчије која се чува на Теолошком факултету у Београду стоји да се месо вола не једе, као што је то случај и у Старом завету. Разлика у односу на Иловички, Сарајевски и Београдски препис је и у терминологији: овај текст говори о волу, не о јунцу[67]:

А҆́ще во́лъ оу҆боде́тъ моу́жа и҆́ли женоу, и҆ оу҆́мретъ, ка́менїемъ да побїе́тсѧ во́лъ то́й, и҆ да не ꙗ҆дѧ́тъ мѧ́са егѡ́, господинъ же вола́ тогѡ́ , без вины́ боу́детъ.

Изнети подаци би требало да скрену пажњу на велики простор који пружају драгоцени средњовековни правни текст и његови пре-

Митрополије дабробосанске „Дабар“, Ужице 2015, 254. Нису преведена поглавља 46, 47, 55 и 56.

64 Тај рукопис нема ступце као што је то случај с Иловичким и Сарајевским рукописом. Текст почиње у осмом реду одоздо на листу 260б (или *verso*). Захваљујем се госпођи Љиљани Пузовић, археографу у Народној библиотеци Србије, на љубазној помоћи у прегледању рукописа.

65 Сарајевски препис не садржи русизме као Иловички. Глоса на листу 192 каже да га је од тог листа до краја преписивао „грешни Мирослав“. Тај препис нема поговора о Светом Сави као састављачу Законоправила. По томе се не разликује од Иловичког и Београдског преписа. Садржи неке допунске чланке и глосе. На последњем листу је тајнопис, што је посебност тог рукописа. Нарочито је привукао пажњу запис који каже да је препис сачињен за деспотицу Јелену, што је у науци изазвало различита тумачења. У коначној оцени рукописа Троицки каже: „Према своме значају за одређивање аутентичног текста К Сарајевска К заузима високо место у ‘ранг-листи’ рукописа К. Пошто њој недостају само два листа, у погледу пуноће основног текста она заузима друго место после Савинске, а пошто је она врло блиска протографу и преписана доста пажљиво, у погледу достојанства свог текста она не уступа место никаквом другом р(укопису) К(рмчије) сем Иловичке.“ – С. Троицки (1952), 48. О посебностима рукописа вид. фототипско издање из 2013. године, поговор, XX–XXIII.

66 „И ако је Београдска К непотпуна и преписана у XV веку, она има важан значај за одређивање текста протографа, јер је преписана са старог доброг оригинала и доста пажљиво. Оригинал Београдске К спада у групу преписа К, који имају допунске чланке, али у ‘ранг-листи’ ове групе оригинал Београдске К могао би заузети прво место. О старини тог оригинала сведочи већ састав Београдске К. Никаквих допунских чланака у њеном уводном и основном делу нема, а на крају има много мање допунских чланака него, напр. у Савинској и Морачкој К. Све глосе ове К налазе се већ у најстаријим р(укописима) К и у овој К оне се налазе на истом месту – на дну или на врху листа, где их је поставио сам њихов аутор.“ – С. Троицки (1952), 50.

67 Није било могуће утврдити, нажалост, када и где је штампан овај примерак Крмчије. Захваљујем др Далибору Ђукићу који је овај текст прибавио.

писи за даља истраживања усмерена на откривање генеалогије рукописа и одређивање садржаја протографа. Ово истраживање има ограничен задатак, а то је да истражи везу између најстаријег сачуваног Иловичког преписа и оригинала кад је реч о поменутим одредбама, то јест да одговори да ли је модификација у односу на оригиналну одредбу Библије постојала већ у Савином протографу и, ако јесте, како и зашто је до ње дошло. Аутор је свестан чињенице да су ти закључци веома хипотетични.

5. ОРИГИНАЛ (ПРОТОГРАФ)

Законоправило Светог Саве је специфична словенска компилација и прерада византијских номоканона.[68] Назива се често и Номоканон с тумачењима јер, за разлику од старијих словенских крмчија, садржи тумачења.[69]

Угледни канониста Сергије Троицки окарактерисао је тај средњовековни зборник као „најзначајније правно дело не само српске,

[68] Појава специфичних црквених кодификација као споја црквених закона (канона) и световних закона (грч. νομοί) карактеристична је за Византију раног средњег века, почевши већ од IV века н. е. Стара грчка редакција из VI века позната је под именом Номоканон Јована Схоластика у педесет наслова. Нешто касније је извршена нова редакција (тзв. префотијевски номоканон). Нарочито је важан тзв. Фотијев Номоканон из IX века којег је цариградски сабор 920. године прогласио општеобавезним за све хришћанске цркве. Састављани су и скраћени приручници, а најстарији међу њима је тзв. Синопсис Стефана Ефеског из VI века. Посебно су важна три зборника попраћена тумачењима канониста из XII века: Алексије Аристин у доба Јована Комнина обрадио је споменути Синопсис Стефана Ефеског, а Јован Зонара, његов савременик, направио је коментар на пуни текст црквених канона. У другој половини XII века, Теодор Валсамон дао је тумачења на пуни текст Номоканона. Детањније вид. Александар Соловјев, *Светосавски Номоканон и његови нови преписи* (сепарат из часописа *Братство* XXVI), Београд 1932, 22–27; Vladimir Mošin (recenzija) „V. Troicki, Kako treba izdati Svetosavsku krmčiju (Nomokanon sa tumačenjima), SANU, *Spomenik* CII, Odeljenje društvenih nauka, Nova serija 4, Beograd 1952, *Časopis Staroslavenskoga instituta u Zagrebu* 2/1953 (rujan), 57. Доступан на интернет адреси *http://hrcak.srce.hr/13801*; Petar Zorić, *Zakonopravilo svetoga Save i pravni transplanti*, *www.alanwatson.org*, 1. октобар 2016.

[69] На традицију византијских номоканона ослањају се словенски номоканони, од којих је најстарији Методијев номоканон који није сачуван. Сматра се да је солунски просветитељ Методије превео стари грчки Номоканон Јована Схоластика. Најстарији сачувани рукопис словенског номоканона је тзв. Јефремовска крмчија. То је стари руски рукопис с краја XI и почетка XII века који представља словенску компилацију ослоњену на префотијевски номоканон с доста бугаризама. На основу тога се закључује да је постојао ранији бугарски предложак. Нешто млађи рукопис словенске рецензије Устјушка крмчија, руски рукопис из XIII века, сматра се да је рађен на темељу Методијевог номоканона или бугарског предлошка, то јест бугарске компилације која представља обраду Методијевог номоканона. Ти номоканони су без коментара. Такође, садрже Еклогу (преко „Закона судни људем“). – А. Соловјев (1932), 22 и даље.

него и целе словенске правне литературе како по своме садржају и обиму, тако и по своме практичном значају".

Зато не чуди што су се тим комплексним списом почевши од средине XIX века бавили најугледнији, претежно словенски, научници: слависти – филолози и лингивисти, историчари, канонисти, правници и стручњаци из других области. Они су писали расправе и међусобно полемисали о пореклу, настанку, ауторству, изворима и предлошцима Законоправила, описивали сачуване рукописе, расправљали о њиховој генеалогији и текстуалним разликама. Главни проблеми нису коначно решени.

О настанку и историјату те средњовековне правне књиге нема довољно података, што је у науци створило многе проблеме и покренуло велик број питања. Једно од централних питања научне расправе односи се на ауторство Светог Саве.[70]

Нико не спори чињеницу да је Свети Сава донео књигу номоканонског типа из Солуна у тадашњу Србију (Рашку), о чему говори Доментијан. Нема сагласности, међутим, о томе на који је начин та књига настала и каква је улога Св. Саве у њеном састављању. Да ли је Савин номоканон превод неког већ постојећег грчког зборника у целини или је то компилација из различитих грчких текстова? Посебно је тешко питање који су све грчки извори били коришћени. Постоји мишљење да је Савин Номоканон само препис раније сачињене словенске компилације или бар да су поједини делови неког већ постојећег словенског номоканона искоришћени у Савином законодавном делу. Кад је реч о улози Светог Саве у састављању тог зборника, поставља се питање да ли је он само организовао преписивање и превођење па су састављачи (или преписивачи) радили под његовим надзором или је његова улога била много већа. Да ли је Свети Сава само преводилац или је и компилатор, коментатор и аутор?

Мишљења у науци се крећу од тога да се Светом Сави признаје пресудна и вишеструка креативна улога у настанку Номоканона с тумачењима до става да је он само донео ту књигу из Свете горе, односно Солуна у ондашњу Србију.

70 Осим питања ауторства, о којем се у науци живо расправљало од XIX века па све до средине XX века, теме интересантне за науку су биле и то какав је однос био између Савиног Номоканона и каснијег Душановог законодавства, посебно номоканонског зборника – Синтагме Матије Властара. Стојан Новаковић сматра да је Душаново законодавство заменило Номоканон. Сергије Троицки критикује тај став и сматра да Душанов законик и Властарева синтагма нису укинули Крмчију, нити су је заменили „и она је остала као главни, основни правни зборник, док су нови зборници добили само супсидијарни и суплеторни значај". – С. Троицки (1952), 1, такође, 12 и даље.

У старијој, претежно руској литератури, захваљујући пре свега руском канонисти Павлову с Универзитета у Одеси, доминирало је мишљење да је састављач, преводилац и компилатор Крмчије био Св. Сава.[71]

Још раније је хрватски слависта Ватрослав Јагић изнео тезу о бугарском пореклу Крмчије, али на њему није инсистирао након што је Павлов дао уверљиве контрааргументе. Ипак, и даље је био одлучан у негирању ауторства Св. Саве, а то уверење је градио на чињеници да се у поговору Иловичког рукописа архиепископ Св. Сава нигде не спомиње,[72] али и на претпоставци да у то време међу Србима није било образованих људи који би били у стању да саставе и преведу номоканонски зборник.[73]

Канониста Сергије Троицки у свом раду написаном 1948, а објављеном 1949. године под називом „Ко је превео Крмчију са тумачењима?"[74], најпре је у општим цртама изнео историјат научне расправе о настанку и ауторству светосавског номоканона. Он сматра да су доказане три тезе: „1) Постојећи рукописи Крмчије са тумачењима нису преписани ни с бугарско-словенског, ни с руско-словенског оригинала, него са српско-словенског превода грчког текста.

---

[71] Сергије Троицки „Ко је превео Крмчију са тумачењима?", *Глас Српске академије наука* CXCIII, Одељење друштвених наука, 96, Београд 1949, 119.

[72] Vatroslav Jagić (1874), 65.

[73] Јагићеве ставове преноси Троицки у раду из 1952. године *ad verbum* и с њима полемише. Јагић: „Ја разумије се не нијечем, већ држим за доказану истину, да је Сава српску главну столицу Жичу снабдио Крмчијом, коју је са собом донијео из Солуна и да је његов екземплар послужио матицом за све остале преписе, што их је требало за сваког епископа бар по један екземплар. Зато је и онај запис оправдан, који присвоји његовој заслузи тај посао. Али мени никако не иде у главу, да би он био аутор, састављач, камо ли преводилац ове 'законе књиге'. Тај је посао израђен или на Атону или у Солуну. За тај посао није у оно доба још било довољно образованих људи међу Србима, док су се на Атону и у Солуну Словени мјешали с Грцима и уопће били образованији и за такве ствари били боље приправљени. Та и Руси обратише се к Бугарима да добију исту оваку Крмчију у Кијев. Или зар бисте Ви могли вјеровати, да су Бугари истом касније са српског оригинала преписали себи екземплар?" Троицки одговара: „Јагић претпоставља, да је Крмчију превео неки Словен, који се кретао на Атону или у Солуну у грчком друштву. Али зашто Јагићу 'никако не иде у главу', да је тај непознати Словен био баш Сава, који је већ као члан владалачке породице био образованији од других Словена и који се не само дуго време кретао баш на Атону и у Солуну у грчком друштву, него се бавио и преводима са грчког језика? ...зашто св. Сава у току многих година, проведених на Атону и у Солуну није могао да преведе Номоканон?" Затим наставља цитирајући Јагићеве речи: „За тај посао није у оно доба још било довољно образованих људи и међу Србима, пише велики слависта, који је раније доказивао час да су К превели Бугари, час да су ово учинили Руси. Али зар су Срби, који су много пре Бугара и Руса примили хришћанство и усвојили грчко-римску културу, били у оно доба на нижем култлурном нивоу, но Бугари и Руси." – С. Троицки (1952), 5–6.

[74] С. Троицки (1949), 119–142.

2) Српско-словенски превод Крмчије појавио се на свет благодарећи св. Сави. 3) Не може се одрицати могућност да је Крмчију превео св. Сава лично.“[75]

Резимирајући стање у науци у вези са тим питањем половином XX века, Троицки закључује да Јагићев став о томе да Св. Сава није био преводилац Крмчије доминира у науци.[76]

Никодим Милаш, мада му импонује мишљење руског научника Павлова[77], није сасвим сигуран да је Св. Сава аутор Законоправила те каже да му Доментијанов животопис не даје недвосмислену потврду за то: „Два питања остају још да се ријеше: Ко је први приредио ту Крмчију, и с каквог је оригинала она преведена? На прво може се данас поуздано казати само, да је настојањем св. Саве она угледала свијета. Да ли је пак св. Сава сâм њу превео, или су пријевод приредили други услијед његова налога и под његовим надзором, то остаје још да се ријеши. Свакако, и у овом послиједњем случају, на основу непорјецивих доказа, што имамо, Крмчија пуним правом мора носити име св. Саве, јер се при њему она први пут јавила у свијет, и јер је он лично раздао исту новим епископима, које је по српској земљи понамјештао.“[78]

Због постојања русизама у фонетици, речнику и ортографији, међу филолозима и славистима је било раширено мишљење да је постојао руски предложак или више њих и да су они коришћени.[79]

Међу њима је и Александар Соловјев, који је окарактерисао Номоканон као препис,[80] ослањајући се на речи Доментијана. Он је сматрао да се Св. Сава обилато користио већ ранијим словенским преводима те да није имао потребе да преводи с грчког. Сматрао је ипак да Св. Сава није преписао готов тип крмчије, већ је саставио самосталну компилацију из различитих зборника. Соловјев је, осим тога, истицао личну иницијативу Св. Саве у том подухвату и његову креативност у изради неких делова тог зборника: „Можемо

[75] *Ibid.*, 124.

[76] *Ibid.*, 121.

[77] „Оваква мисао (проф. Павлова – прим. аутора) исказана једним између најбољих канониста, научењака, и исказана на такав одлучни начин, веома годи патриотском осјећају свакога србина.“ – Никодим Милаш, *Крмчија Савинска*, Задар 1884, 8.

[78] *Ibid.*, 40.

[79] На пример, Соболевски, Сперански, Соловјев. Вид. Владимир Ћоровић, *Дела старих српских писаца, Списи св. Саве*, књига I, Београд 1928, XLIX; В. Мошин (1953), 65.

[80] Александар Соловјев, *Историја словенских права; Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Библиотека „Класици југословенског права“, коло 5, 16, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 189.

сматрати за лично дело Савино, што је у Крмчију, осим извода из Јустинијанових Новела ушао тзв. 'Мојсијев закон' (гл. 48) и цео Прохирон (као гл. 55. Крмчије).“[81]

Владимир Мошин сматра да се као предложак светосавског номоканона може у обзир узети и руски номоканон који је цитиран у попису руских књига из 1142. године у светогорском руском манастиру. Ипак, сматра да је вероватније „да је читава прерада израђена од Србина, који се за поједине дијелове послужио готовим руским предлошком“.[82]

Према мишљењу Владимира Ћоровића, „може се узети као неоспорно само то да је Сава дао иницијативу и организовао рад за компилацију Крмчије, а не да је он лично превео“.[83] „Записи не кажу, да је Сава сам, лично, свршио тај посао; него из њихових речи излази, да га је он потакао или организовао... Доментијан не каже, да је Сава саставио или преложио тај Номоканон... његова реч преписа може значити и то, да се он послужио неким већ готовим преводом.“[84]

Данас Миодраг Петровић, приређивач и преводилац Номоканона Светог Саве на модерни српски језик, здушно заступа тезу да је преводилац, компилатор, али и аутор Законоправила Свети Сава. Он сматра да је Номоканон преведен и састављен из грчких изворника, али такође истиче његову самосталност: „Састављач и преводилац Законоправила држи се само византијских извора, што за последицу има доследно и дословно добијен, кроз целу књигу, српскословенски превод неколико коришћених номоканонских грчких изворника. Тако добар и дослован превод могао је да уради најобразованији тада у Србији човек, који уједно ужива и највећи духовни ауторитет; ...Тај човек је, несумњиво, био архимандрит и први архиепископ српски – потоњи светитељ – Сава. Његов превод и састав Законоправила не зависе ни од једног од познатих нам словенских номоканона, али ни од неког јединственог грчког номоканона.“[85] Законоправило и однос према грчким изворима, то јест метод компиловања карактерише на следећи начин: „Законоправило у односу на коришћене грчке изворе представља, у ствари, особено танано ткање, које у канонском делу за основу и потку има синоптичка правила Стефана Ефеског (6. в.), Аристинова тумачења (12. в.), Зонарина тумачења (12. в.) и интегрални текст правила. При таквом стваралачком подухвату, састављач

[81] А. Соловјев (1998), 189. У чланку из 1932. године он изоставља Мојсијев закон из овог набрајања!

[82] В. Мошин (1955), 49.

[83] В. Ћоровић, XLV–V, XLIX.

[84] *Ibid.,* XLVI.

[85] М. М. Поповић (2005), XIX.

и преводилац Законоправила је задржавао, у преводу, кратка грчка објашњења... додајући на многим местима своја кратка објашњења... састављач истовремено користи, како је већ речено, неколико разнородних грчких текстова, правећи од њих, много пута, ново ткање, тако што у Аристинова тумачења уноси понешто или из Зонариних тумачења или из интегралног текста правила, и обрнуто.“[86]

Такође, Петровић закључује да је Свети Сава, као преводилац и састављач који је спајао, проширивао или скраћивао разне византијске номоканонске текстове, морао радити на том сложеном послу више година. Он сматра да је тај посао могао отпочети још 1204. године када је постао архимандрит, а да га је могао завршити по повратку из Константинопоља ради оснивања самосталне српске цркве.[87] Он допушта да је Св. Сава могао да има помоћ од учених Грка или Руса. „Њихова помоћ могла је да се своди на избор најбољих номоканонских грчких зборника, или на проверу поимања појединих сложених грчких појмова, како се преводом не би изневерили изворници... Али ниједан Грк или Рус није могао да преводи и саставља за Србе Номоканон у којем су кратка Савина тумачења или измене јасан одраз потреба и прилика у Србији“, закључује Петровић.[88]

6. ЗАКЉУЧЦИ

Делови Мојсијевог законодавства који су нашли места у Законоправилу Светога Саве указују на то да састављач те обимне правне књиге није само преписивао и преводио готов предложак већ да је имао креативну улогу у њеном компиловању. Глава 48, уз још неке, наводи се као део Номоканона у којем су највише дошле до изражаја лична иницијатива Св. Саве и његова креативна улога.

Законоправило свакако јесте претежно, али није искључиво, компилација византијског права. Делови Мојсијевог законодавства преузети су непосредно из Светог писма Старог завета, а не из неког другог номоканонског зборника. Текст који је том приликом коришћен могао је бити неки од тада постојећих превода на грчки или старословенски језик доступан у библиотекама на Светој Гори.[89]

---

[86] *Ibid.*, XV–XVI.

[87] М. М. Поповић (2002), 42.

[88] *Ibid.*, 43.

[89] Најранији превод Старог завета на грчки језик настао је у Александрији, док су први превод на старословенски сачинила солунска браћа Ћирило и Методије. О историјату превода Старог завета вид. Драган Милин, *Сабрани списи*, Православни богословски факултет Универзитета, Институт за теолошка истраживања, Београд 2014, 72 и даље („О преводу Старог завета“).

Свети Сава је према библијском тексту, као Божјој речи, несумњиво гајио посебно поштовање. Тешко је замисливо да је тај текст намерно мењао и модификовао.[90] Зато је могуће претпоставити да је омашка постојала већ у примерку Старог завета који је коришћен приликом састављања Законоправила. Изгледа једнако замисливо да се приликом превођења и преписивања тих одредаба поткрала ненамерна грешка самом Сави или, што је вероватније, некоме од његових помагача. Наиме, упркос вичности и марљивости писара, лако се могло догодити свакоме преписивачу, који данима преписује дугачаке текстове, да изостави по које слово или реч. Ненамерним изостављањем негације од само два слова, међутим, измењен је текст у битном детаљу: уместо забране, дозвољава се конзумирање меса каменоване животиње.

Следећа могућа претпоставка је да измена није постојала у протографу, него се први пут појавила у првим примерцима Законоправила који данас нису сачувани. Ти преписи су настали директно с оригинала за потребе постојећих епископија након стицања аутокефалности будући да је Св. Сава у време постављања српских епископа свакоме дао по један аутентичан препис и наредио да се преписи у свакој епархији могу вршити само из тих епископских примерака. Зато су грешке морале бити ретке, али ипак могуће, с обзиром на посебну традицију преписивања и надзор који је том приликом вршен.[91] Та традиција се наставила и касније, што потврђује и белешка епископа Григорија у тзв. Рашкој крмчији из 1305. године: „Григоријев запис на крају рукописа потцртава пријежност писара у преписивању и редиговању књига, при чему се посебно истиче ау-

[90] Интересантан је податак да је у списима Св. Саве, за разлику од осталих српских средњовековних списа, много чешће цитиран Нови него Стари завет. Свети оци су са подједнаким поштовањем и љубављу цитирали и Стари и Нови завет. За њих је то била јединствена Божја реч. Понеки чак чешће цитирају Стари завет. Професори Станоје Станојевић и Душан Глумац издали су значајно дело под називом „Св. писмо у нашим старим споменицима“. Ту су издвојени библијски цитати из свих важнијих српских средњовековних списа... Већина наших писаца цитира више Стари завет, него Нови завет. Једино је Св. Сава цитирао више Нови завет, одакле је навео 75 места, док је из Старог завета употребио само 24 цитата. – Д. Милин, 355 и даље („Светосавско схватање Старог завета“).

[91] „За разлику од других словенских Номоканона, рукописи Савине Крмчије, особито старији, врло су слични између себе како по своме садржају, тако и по своме распореду и језику. Ово потиче пре свега отуда, што су први примерци Крмчије, вероватно 8 или 9, по броју епархија нове Српске цркве, били преписани са истог оригинала и на истом месту, а, можда, и од истих преписивача и под надзором истог лица – самог св. Саве. Сем тога велики практични значај Крмчије, као основног црквено-грађанског законика и фактора црквеног јединства, створио је традицију особите тачности при преписивању овог споменика која је искључивала дозвољеност ма каквих битних измена у упоређењу са оригиналом.“ – С. Троицки (1952), 18.

торитет предложака (архиепископских књига) према којима је препис начињен. Писарева белешка не само што открива одговорност преписивача према кодексу који преписује већ у исто време истиче чување светосавске традиције.“[92]

Није вероватно да се грешка први пут појавила у најстаријем сачуваном Иловичком рукопису и да ју је направио преписивач „многогрешни“ Богдан јер иста грешка постоји и у Сарајевском препису (који је у том делу преписивао писар Мирослав). Претпоставља се, наиме, да оба рукописа потичу од изворника који је близак оригиналу. Грешка постоји и у каснијем Београдском рукопису. Тешко је замисливо да су три различита преписивача у три преписа, међусобно временски и просторно удаљена, направила идентичну грешку.

Због свега тога може се претпоставити да је одступање од изворног библијског текста постојало већ у Савином протографу. Вероватније је да је то била случајна омашка, имајући на уму поштовање које су монаси гајили према библијском тексту. Ипак, не може се сасвим искључити ни могућност да је сам Св. Сава или његов помагач намерно изменио текст, јер није разумео јеврејке религиозне концепте који се односе на забрану конзумирања меса каменоване животиње.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Amira, von K., *Thierstrafen und Thierprocess*, Innsbruck 1891.

Богдановић, Д., „Крмчија Светога Саве“, Међународни научни скуп *Сава Немањић – Свети Сава, историја і и предање*, децембар 1976, САНУ, научни скупови, књига VII, Београд 1979. (Bogdanović, D., „Krmčija Svetoga Save“, Međunarodni naučni skup *Sava Nemanjić – Sveti Sava, istorija i i predanje*, decembar 1976, SANU, naučni skupovi, knjiga VII, Beograd 1979)

Богдановић, Д., *Историја Црне Горе*, књига друга (*од краја XII до краја XV вијека*), том први (*Црна Гора у доба Немањића*), Титоград 1970. (Bogdanović, D., *Istorija Crne Gore*, knjiga druga (od kraja XII do kraja XV vijeka), tom prvi (Crna Gora u doba Nemanjića), Titograd 1970)

Ћоровић, В., *Дела старих српских писаца, Списи св. Саве*, књига I, Београд 1928. Ćorović, V., *Dela starih srpskih pisaca*, Spisi sv. Save, knjiga I, Beograd 1928.

[92] Милена Давидовић, „Српски скрипторији од XII до XVII века“, *Свет српске рукописне књиге (XII–XVII век)*, (Галерија Српске академије науке и уметности, 137), Београд 2016, 59.

Давидовић, М., „Српски скрипторији од XII до XVII века“, *Свет српске рукописне књиге (XII–XVII век)*, (Галерија Српске академије науке и уметности, 137), Београд 2016. Davidović, M., „Srpski skriptoriji od XII do XVII veka“, *Svet srpske rukopisne knjige* (XII–XVII vek), (Galerija Srpske akademije nauke i umetnosti, 137), Beograd 2016.

D'Addosio, C., *Bestie Delinquenti*, Napoli 1892.

Evans, E. P., *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, London – Boston 1987 (first published 1906).

Finkelstein, J. J., „The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty“, *Temple Law Quarterly* 46, 2/1973.

Herders Theologischer Kommentar zum Alten Testament (Hrsg. E. Zenger), Herder – Freiburg – Basel – Wien.

Holmes, O. W., *The Common Law*, Boston – Toronto – London 1963 (first published 1881).

Jackson, B., *Essays in Jewish and Comparative Legal History*, Leiden 1975.

Jagić, V., „Opisi i izvodi iz nekoliko južno-slovinskih rukopisa. Krmčaja ilovička godine 1262.“, *Starine VI*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb 1874.

Јагић, В., *Спомени мојега живота*, II дио (1880–1923), Српска краљевска академија, посебна издања, књига CIV, Друштвени и историјски списи, књига 45, Издање Задужбине д-ра Николе Крстића 12, Београд 1934. (Jagić, V., *Spomeni mojega života*, II dio (1880–1923), Srpska kraljevska akademija, posebna izdanja, knjiga CIV, Društveni i istorijski spisi, knjiga 45, Izdanje Zadužbine d-ra Nikole Krstića 12, Beograd 1934)

Katz, A. M. „Ox-Slaughter and Goring Oxen: Homicide, Animal Sacrifice and Judical Process“, *Yale Journal of Law & the Humanities* 4, 2/1992, Article 3, *http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol 4/iss2/3*.

Милаш, Н., *Крмчија Савинска*, Задар 1884. (Milaš, N., *Krmčija Savinska*, Zadar 1884)

Милин, Д., *Сабрани списи*, Православни богословски факултет Универзитета, Институт за теолошка истраживања, Београд 2014. (Milin, D., *Sabrani spisi*, Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta, Institut za teološka istraživanja, Beograd 2014)

Modrzejewski, J. M., „Hommes libres et bêtes dans les droits antiques“, *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l'Antiquité*, Variorum, GB – USA 1993.

Mošin, V. (recenzija), „V. Troicki, Kako treba izdati Svetosavsku krmčiju (Nomokanon sa tumačenjima), SANU, *Spomenik* CII, Odeljenje društvenih nauka, Nova serija 4, Beograd 1952“, *Časopis Staroslavenskoga instituta u Zagrebu* 2/1953 (rujan), *http://hrcak.srce.hr/13801*.

Mošin, V., *Ćirilički rukopisi jugoslavenske akademije*, I dio, Opis rukopisa jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1955.

Петровић, М. М., „Свети Сава као састављач и преводилац Законоправила – српског Номоканона“, *Историјски часопис* XLIX/2002. (Petrović, M. M., „Sveti Sava kao sastavljač i prevodilac Zakonopravila – srpskog Nomokanona“, *Istorijski časopis* XLIX/2002)

Сарајевски препис Законоправила Светог Саве из XIV вијека, фототипија (прир. проф. др Станка Стјепановић, Јеромонах Серафим [Глигић]), Издавачка кућа Митрополије дабробосанске „Дабар“, Лакташи 2013. (*Sarajevski prepis Zakonopravila Svetog Save iz XIV vijeka*, fototipija (prir. prof. dr Stanka Stjepanović, Jeromonah Serafim [Gligić]), Izdavačka kuća Mitropolije dabrobosanske „Dabar“, Laktaši 2013)

Selms, van A., „The Goring Ox in Babylonian and Biblical Law“, *Archiv Orientalni* 18, 4/1950.

Соловјев, А., *Историја словенских права*, Библиотека „Класици југословенског права“, коло 5, 16, Службени лист СРЈ, Београд 1998. (Solovjev, A., *Istorija slovenskih prava*, Biblioteka „Klasici jugoslovenskog prava“, kolo 5, 16, Službeni list SRJ, Beograd 1998)

Соловјев, А., *Светосавски Номоканон и његови нови преписи* (сепарат из часописа *Братство* XXVI), Београд 1932. (Solovjev, A., *Svetosavski Nomokanon i njegovi novi prepisi* (separat iz časopisa Bratstvo XXVI), Beograd 1932)

Stanimirović, V., *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*, Beograd 2013[3].

Стефан Првовенчани, Доментијан, Теодосије (прир. Љ. Јухас Георгијевска), антологијска едиција „Десет векова српске књижевности“, књига 2, Матица српска, Нови Сад 2012. (*Stefan Prvovenčani, Domentijan, Teodosije* (prir. Lj. Juhas Georgijevska), antologijska edicija „Deset vekova srpske književnosti“, knjiga 2, Matica srpska, Novi Sad 2012)

Штављанин-Ђорђевић, Љ., Гроздоворић-Пајић, М., Цернић, Л., *Опис ћирилских рукописа Народне библиотеке Србије* (прва књига), Београд 1986. (Štavljanin-Đorđević, Lj., Grozdovorić-Pajić, M.,

Cernić, L., *Opis ćirilskih rukopisa Narodne biblioteke Srbije* (prva knjiga), Beograd 1986)

Троицки, С. В., „Како треба издати Светосавску крмчију (Номоканон са тумачењима)", САНУ, *Споменик* CII, Одељење друштвених наука, Нова серија 4, Београд 1952. (Troicki, S. V., „Kako treba izdati Svetosavsku krmčiju (Nomokanon sa tumačenjima)", SANU, *Spomenik* CII, Odeljenje društvenih nauka, Nova serija 4, Beograd 1952)

Троицки, С., „Ко је превео Крмчију са тумачењима?", *Глас Српске академије наука* CXCIII, Одељење друштвених наука, 96, Београд 1949. (Troicki, S., „Ko je preveo Krmčiju sa tumačenjima?", *Glas Srpske akademije nauka CXCIII*, Odeljenje društvenih nauka, 96, Beograd 1949)

Вотсон, А., *Правни трансплanти* (прев. Силва Митровић), Београд 2000. (Votson, A., *Pravni transplanti* (prev. Silva Mitrović), Beograd 2000)

Zakonopravilo Svetoga Save 1 (prir. i prev. Miodrag M. Petrović, Ljubica Štavljanin-Đorđević), Istorijski institut, Beograd 2005.

Законоправило Светога Саве 1 (прир. и прев. Миодраг М. Петровић, Љубица Штављанин-Ђорђевић), Историјски институт, Београд 2005. (*Zakonopravilo Svetoga Save 1* (prir. i prev. Miodrag M. Petrović, Ljubica Štavljanin-Đorđević), Istorijski institut, Beograd 2005)

Zorić, P., *Zakonopravilo svetoga Save i pravni transplanti*, *www.alanwatson.org*.

Yaron R., „The Goring Ox in Near Eastern Laws", *Israel Law Review* 1, 3/1966.

Yaron R., *The Laws of Eshnunna,* Jerusalem 1969.

Milena Polojac, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

GORING OX IN THE NOMOCANON OF SAINT SAVA

Summary

Famous legislation concerning goring ox attracted considerable interest of legal historians and comparatists. In the first part of the article the author presents ancient Near Eastern provisons of the Laws of Eshnunna, the Code of Hammurabi and the Moses' legislation in their interrelationship. The singularity of the biblical legislation is stressed particularly under two points: 1) the ox must be stoned to death 2) its flesh may not be consumed. The same set of rules exists also in the *Zakonopravilo* of Saint Sava – chapter 48 paragraph 21. These rules are taken over from the Old Testament. Compared to the biblical text there is a small but very importaint modification in the Ilovica transcript, the oldest trancript preserved: the ox has to be stoned but its flesh may be eaten. The Ilovica trancript (ca. 1262) is not only chronologically nearest to Sava's autograph. It is probably also textually closest to it. The same wording can be found in the Sarajevo transcript (ca. 1371) and in the Belgrade transcript (ca. 1470). After examining some relevant historical and social circumstances, author came to the final, highly hypothetical conclusion that the mistake was present already in the lost original.

Key words: *Zakonopravilo of Saint Sava. – Ilovica transcript. – Goring ox. – Old Testament. – Legislation of ancient Mesopotamia.*

Article history:
Received: 5. 12. 2016.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 341.638:339.727.22/.24

CERIF: S144

Др Сања Ђајић[*]

Др Маја Станивуковић[**]

УНУТРАШЊЕ ПРАВО У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ: ЗАБОРАВЉЕНИ И ЗАПОСТАВЉЕНИ ИЗВОР ПРАВА

Унутрашње право је само по себи врло важан извор за решавање међународних инвестиционих спорова: спорови у тој области најчешће настају из приватноправних или привредноправних уговора за које је, по правилу, меродавно унутрашње право. Бројна питања која се јављају у спору могу бити последица примене унутрашњег права, тако да је оцена тог права готово неизбежна. Надаље, основни извори права међународне инвестиционе арбитраже не искључују примену унутрашњег права као меродавног, а понекад, као у случају ИКСИД конвенције и већине међународних двостраних уговора о заштити страних улагања, изричито и налажу његову примену. Упркос таквом правном оквиру у којем се јављају спорови између страних улагача и држава домаћина, међународни арбитри у инвестиционој арбитражи врло ретко примењују правила унутрашњег права. Циљ овог рада је да укаже на феномен ретке примене унутрашњег права у контексту у којем је његова примена очекивана, прописана и пожељна. Ауторке овог рада указују на различите технике које користе међународни арбитри да би избегли примену унутрашњег права: постојање разлика између међународног и унутрашњег права у таквој мери да је искључена примена унутрашњег права, избегавање примене доктрина пресуђене ствари и литиспенденције, избегавање примене услова који се односи на локалне правне лекове и друге. Разлози за такав приступ међународних арбитара су вишеструки и посебно су обрађени у раду: начин избора арбитара и састав колегијума међународних арбитара; чињеница да су земље у развоју најчешће тужене и да се избегава примена релативно непознатог унутрашњег

[*] Ауторка је редовни професор на Катедри за међународно право Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *sdjajic@pf.uns.ac.rs*

[**] Ауторка је редовни професор на Катедри за међународно право Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs*

права; тенденција да се међународно право у конкретном спору одреди као меродавно и посебан облик расподеле моћи наметањем примене међународног права уз искључивање унутрашњег права.

Кључне речи: *Меродавно право у инвестиционој арбитражи. – Инвестициона арбитража. – Захтеви на основу међународног уговора. – Захтеви на основу приватноправног уговора. – Национално (унутрашње) право у међународној арбитражи. – Политичка моћ међународног правосуђа.*

1. УВОД

Унутрашње право се намеће као први избор за решавање инвестиционих спорова: спорови у тој области најчешће настају из приватноправних или привредноправних уговора за које је по правилу меродавно унутрашње право неке државе. Бројна питања која се јављају у спору могу бити последица примене унутрашњег права, тако да је његова оцена готово неизбежна. Међутим, уколико се страни улагач определи за међународну инвестициону арбитражу, тај правни оквир, чини се, постаје неважан. Вреди напоменути да основни извори права међународне инвестиционе арбитраже не искључују примену домаћег права као меродавног, а неки, као ИКСИД конвенција и већина међународних двострaних уговора о заштити страних улагања, изричито и налажу његову примену. Упркос таквом правном оквиру или таквим околностима у којима се јављају спорови између страних улагача и држава домаћина, међународни арбитри у инвестиционој арбитражи врло ретко примењују правила унутрашњег права. Циљ овог рада је да укаже на феномен ретке примене унутрашњег права у контексту у којем је његова примена очекивана, прописана и пожељна. Ауторке овог рада указују на различите технике које користе међународни арбитри када избегавају примену унутрашњег права: постојање разлика између међународног и унутрашњег права у таквој мери да је искључена примена унутрашњег права, избегавање примене доктрина пресуђене ствари и литиспенденције, избегавање примене услова који се односи на локалне правне лекове и друге. Разлози за такав приступ међународних арбитара су вишеструки и посебно су обрађени у раду: начин избора арбитара и састав колегијума међународних арбитара; чињеница да су најчешће тужене земље у развоју и да се избегава примена релативно непознатог унутрашњег права; тенденција да се међународно право одреди као меродавно за конкретан спор и посебан облик расподеле моћи наметањем примене међународног права уз искључивање унутрашњег права.

У раду ће прво бити дат преглед теоријског приступа односу међународног и унутрашњег права и његов значај за међународну инвестициону арбитражу и примену унутрашњег права, за којим следи преглед положаја унутрашњег права у оквиру међународног инвестиционог права, ИКСИД конвенције и међународних споразума о заштити страних улагања. У наредном поглављу биће обрађени примери техника и аргумената којима се искључује примена унутрашњег права, а затим ће бити изнети критика и преглед негативних последица које наступају због такве праксе. На крају ће бити објашњени разлози за такву праксу и изведени закључци о положају унутрашњег права у међународном инвестиционом праву.

2. ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

О односу међународног и унутрашњег права много је написано.[1] Углавном се том питању приступа са становишта две теорије, монизма и дуализма: према првој, међународно и унутрашње право део су јединственог правног поретка, док су, према другој, дуалистичкој, та два правна поретка потпуно одвојена јер се суштински разликују по субјектима, изворима и пољу примене.[2] Питање сукоба се у другом случају и не поставља јер унутрашње и међународно право обитавају у различитим сферама. Сукоб се у случају монизма решава по различитим обрасцима, а најчешће постављањем хијерархије правних норми. Појавиле су се и нове теорије, попут плурализма, по којем међународно и унутрашње право није могуће посматрати као целовите области већ се тај однос разграђује у више појединачних и зависи више од врсте извора и предмета норме него од јединственог статуса међународног права у унутрашњем правном поретку.[3] Међутим, те теорије, које се чине неизбежним у свакој расправи о примени међународног права у домаћем правном поретку, али и *vice*

[1] Вид. *Monism & Dualism* (ed. M. Novaković), Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2013.

[2] „Монисти тврде да постоји само један правни систем у којем је међународно право само један његов део заједно са другим гранама домаћег права. За монисте међународно право је део домаћег правног поретка на исти начин као и радно право, уговорно право итд. Дуалисти тврде да су они два различита правна система која постоје једно поред другог са различитим пољем примене – на међународном плану и на унутрашем плану." – R. Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, OUP, Oxford 2003, 205.

[3] С. Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права", *Анали Правног факултета у Београду* 4–6/1997, 354–395; С. Ђајић, *Међународни судови: од сукоба до сарадње*, Нови Сад 2003, 9; Р. Етински, С. Ђајић, *Међународно јавно право*, 6. издање, Нови Сад 2014, 125.

versa, често имају мали практични значај.[4] Већи практични значај има место на којем се о том односу одлучује: да ли је то неки домаћи суд или пак међународни. Вреди напоменути да су наведене теорије настале у вези са уношењем међународног права у унутрашњи правни систем и са његовом применом у том систему.[5] Другим речима, иако су теорије монизма, дуализма и плурализма створене из тог разлога, као део унутрашњеправне аргументације, њихова логика се преноси и у домен међународноправне аргументације.

Наиме, у појединим случајевима, међународни арбитри користе терминологију која је блиска аргументима појединих теорија. Притом далеко чешће користе дуалистичку аргументацију којом искључују релевантност домаћег права у међународном арбитражном спору, тачније у околностима када се расправља о међународној одговорности државе. Често у образложењима својих одлука инсистирају на разлици између међународног и домаћег правног поретка. Арбитри не користе теоријске ознаке нити себе називају плуралистима или дуалистима, али учесталост таквих аргумената сведочи о потенцијалном значају теоријских образаца.

Један од најстаријих примера у међународној пракси који су дали повода таквом приступу унутрашњем праву био је управо инвестициони спор. Реч је о одлуци Сталног суда међународне правде у предмету *Српских зајмова* у којем је Француска, као тужилац, тражила од Суда да установи да је тужена држава повредила уговоре о зајму.[6] Пошто су уговори били приватноправног карактера, били су уређени унутрашњим правом, па се пред Судом поставило питање значаја унутрашњег права. Суд је нашао да је унутрашње право у међународном спору само чињеница, али такође да је надлежан да расправља о приватноправном уговору.[7] Ово је један ти-

[4] H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, OUP, Oxford, 2013, 1; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers – 1. General Works* (ed. E. Lauterpacht), Cambridge University Press, Cambridge 1970, 153.

[5] R. Etinski, S. Đajić, „Direct Effect of the European Convention on Human Rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015, 91–96; D. J. Bederman, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, GA, Athens 2006, 141.

[6] *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (*France v. The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes*), PCIJ, Ser. A, no. 20, Пресуда Сталног суда међународне правде од 12. јула 1929.

[7] „Суд се прво бавио претходним питањем надлежности: да ли може да има надлежност у спору који је у суштини уговорни, између власника обвезница и суверене државе, чак и када је Француска преузела захтев и када су се обе стране споразумеле да спор изнесу пред Суд?... Суд је ипак одлучио да установи надлежност. Тиме је отворио врата за стварање новог режима међународног права – које је до тог тренутка постојало само за државе које су га и стварале – у којем је могуће

пичан дуалистички аргумент: међународни суд има надлежност, али притом не признаје никакво правно дејство домаћем праву јер он делује у другом правном поретку. Спор је значајан за нас не само зато што укључује Србију и тадашњу Краљевину Југославију већ и зато што се сматра претечом међународног режима заштите страних инвестиција.[8]

3. СТАТУС УНУТРАШЊЕГ ПРАВА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ О РЕШАВАЊУ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА И СПОРАЗУМИМА О ЗАШТИТИ СТРАНИХ УЛАГАЊА

Конвенција о решавању инвестиционих спорова (ИКСИД конвенција)[9] у чл. 42 предвиђа могућност примене домаћег права у међународном арбитражном поступку:

„Суд решава спор према правним правилима о којима су се странке сагласиле. Ако се странке не сагласе о томе, Суд примењује право државе уговорнице која је странка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у датој области.“[10]

Већ на основу језичког тумачења те одредбе чини се да је оправдан закључак да примена домаћег права има предност и да је пре правило него изузетак. Могло би се тврдити да је примена унутрашњег права на основу ИКСИД конвенције обавезна.[11]

одлучивати о приватним уговорним захтевима под условом да их подржава држава тако да Суд има надлежност као да је реч о међудржавном спору. До 2005. године ова изузетна и спорна могућност ће постати широки пут који су прво прошириле различите послератне мешовите комисије, потом ИКСИД конвенција из 1965, а затим и Иранско-амерички суд, након којег следе различите Комисије УН за накнаду штете (почевши од инвазије НАТО-а на Ирак 1990. године); и коначно захваљујући широко доступној међународној инвестиционој арбитражи на основу међународних уговора између 200 држава које су уступиле право заштите за све захтеве приватних инвеститора/зајмодаваца.“ – T. Wälde, „The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?“, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID* (ed. T. Weiler), Cameron May, London 383–423, 393.

[8] *Ibid*.

[9] *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (1965), Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/06.

[10] Превод је преузет из монографије М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Сл. гласник, Београд 2013, 369.

[11] На основу припремних радова ИКСИД конвенције може се закључити да је примена домаћег права била замишљена као примарна за решавање инвестиционих

У двостраним међународним инвестиционим споразумима неретко се упућује на унутрашње право. Већи број споразума не садржи одредбу о меродавном праву за случај спора[12] те би се применила правила из чл. 42 ИКСИД конвенције ако би спор био изнет пред ИКСИД арбитражу. У сваком случају, нису нам познати споразуми који изричито искључују примену унутрашњег права.

Двострани инвестициони споразуми готово увек услов заштите страног улагања повезују са условом да је улагање законито стечено, што се има оцењивати у складу са унутрашњим прописима државе домаћина.[13]

4. СТАТУС УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ ИКСИД-а

Упркос таквом правном оквиру, примена унутрашњег права у арбитражној пракси ИКСИД-а врло је ограничена и практично искључена.[14] У мањини су они предмети у којима су арбитражни судови применили унутрашње право као релевантно за неко питање у спору.[15] Чак је и у тим случајевима примена унутрашњег права

спорова: „У погледу овог питања нарочито указујемо на ИКСИД конвенцију где су током израде нацрта представници неколико држава нагласили потребу да се у одсуству споразума страна примени домаће право државе домаћина. Значај, а свакако и приоритет права државе домаћина је подржао и председавајући, Ерон Брошис: ‘међународни суд на првом месту мора да консултује домаће право, пошто је однос инвеститора и државе домаћина у првом реду уређен домаћим правом.’ Нешто касније додао је и да ‘је сасвим јасно да право државе домаћина има првенство и да међународно право мора на првом месту да на њега упућује’.“ – H. E. Kjos, 167–168.

[12] Y. Banifantemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. K. Yannaca-Small), Oxford 2010, 197.

[13] Тако, на пример, у члану 1, ст. 1 *Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања* који је закључен између Грчке и СР Југославије 1997. године (*Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/1998), улагање је дефинисано као „свака врста средства коју улагач једне Стране уговорнице улаже на територији друге Стране уговорнице, у складу са њеним законима....“. Реч је о одредби и услову који је типичан за споразуме о заштити страних улагања, што значи да ће провера услова законитости, а самим тим и примена унутрашњег права, бити могући у готово сваком инвестиционом спору.

[14] „Упркос јасној формулацији члана 42, арбитражни судови ИКСИД-а нису увек следили метод који је њиме предвиђен.“ – C. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, CUP, Cambridge 2009, 554.

[15] *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Одлука од 25. фебруара 1988, пасус 5.02; *Genin v. Estonia*, Одлука од 25. јуна 2001, пасус 350; *MCI v. Ecuador*, Одлука од 31. јула 2007, пасус 217; *Société d’Exploitation des Mines d’Or de Sadiola SA (‘Semos’) v. Republic*

била ограничена на процену да ли је дошло до повреде поштеног и правичног третмана (*Генин против Естоније*)[16] или на усаглашеност унутрашњег права са обавезама државе из међународног споразума (*МЦИ против Еквадора*)[17]. У предмету *Азпетрол против Азербејџана* арбитражни суд је применио енглеско право, али само ради утврђивања значаја изјаве о вансудском поравнању.[18]

У предмету *Алфа Пројектхолдинг против Украјине*, арбитражни суд је домаће право изједначио са чињеницама:

„Арбитражни суд закључује да се одговор на питање да ли је дошло до повреде међународног двостраног споразума (*UABIT*) може добити само на основу одредаба *UABIT*-а. Арбитражни суд ће применити одредбе *UABIT*-а и тумачиће их у складу са међународним обичајним правом. Надаље, тамо где украјинско право дефинише права и обавезе страна на основу различитих уговора, таква питања ће бити решена као чињенична питања.“[19]

Питање у том спору било је да ли је пропуст хотела у државном власништву да плати аустријском инвеститору за реновирање хотела недозвољена експропријација или нека друга повреда међународног двостраног споразума о заштити страних улагања (*UABIT*). Тај међународни споразум није садржао одредбу о меродавном праву за случај спора.[20] Арбитражни суд се потпуно оградио од приватноправног уговора (који је био инвестиција и чија је наводна повреда представљала основ за покретање међународног спора): „Да ли је тужилац могао да своја права заштити пред локалним судовима, и да ли је JAA [уговор] и даље на снази како то тврди тужени, потпуно је неважно за овај спор.“[21]

Значај унутрашњег права ће зависити од претходне квалификације тужбеног захтева о којој увек одлучује арбитражни суд. Ако је захтев, према мишљењу арбитражног суда, заснован на међународном уговору, онда ће он бити међународноправни уговорни зах-

of Mali (ICSID Case No. ARB/01/5), Одлука од 25. фебруара 2003, пасуси 122–125; *World Duty Free Company Limited v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Одлука од 4. октобра 2006, пасус 158; *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No ARB/05/14, Одлука од 13. марта 2009, пасуси 12–13.

16 *Genin v. Estonia*, Одлука од 25. јуна 2001, пасус 350.

17 *MCI v. Ecuador*, Одлука од 31. јула 2007, пасус 217.

18 *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Одлука од 8. септембра 2009, пасус 49.

19 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Одлука од 8. новембра 2010, пасус 233.

20 *Ibid.*, пасус 228.

21 *Ibid.*, пасус 411.

тев (*treaty claim*) и као такав изузет од примене домаћег права. Ако је захтев по својој природи приватноправног карактера (*contract claim*), унутрашње право је онда меродавно за решење спора. Проблем се своди на квалификацију захтева.[22] Пракса показује да арбитражни судови врло лако прихватају квалификацију тужиоца[23] или усвајају концепт одвојености две врсте захтева,[24] док неки испитују „суштински основ захтева“ да би утврдили његову праву природу.[25] Ипак, може се поставити питање зашто би квалификација захтева утицала на обавезу из чл. 42 ИКСИД конвенције да се примени домаће право јер је оправдано претпоставити да су творци конвенције имали на уму захтеве на основу међународног уговора.

Релевантност унутрашњег права не може се свести само на питања приватног уговорног права. Страни инвеститори су подвргнути домаћем праву државе пријема у целини, што значи да се на њих примењују правила и из других правних области, на пример, управноправни и порески прописи. Другим речима, поједини захтеви инвеститора, али и тужених држава, могу бити засновани и на другим нормама домаћег права.[26] У предмету *Инсејса против Салвадора*[27] спор је био поводом тога да ли је страни улагач стекао улагање преваром и противно домаћем праву и да ли та незаконитост може имати последице на надлежност међународног арбитражност суда. Арбитражни суд је ускратио надлежност и притом се позвао

[22] S. Djajic, „Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses“, *International Arbitration Law Review* 5/2011, 164.

[23] На пример, арбитражни суд у предмету *С. Г. С. против Парагваја* образлаже:

„128. По мишљењу арбитражног суда, разлика између захтева заснованих на међународном и на приватноправном уговору је јасна и односи се на суштину приговора туженог. Тужилац је свој захтев засновао на повреди БИТ-а закљученог између Швајцарске и Парагваја: он тврди да је СГС претрпео непоштен и неправичан третман као повреду члана 4 става 2 БИТ-а; да је његова инвестиција претрпела штету неоправданим и дискриминаторним мерама Парагваја супротно члану 4 става 1 БИТ-а; и да је Република Парагвај пропустила да константно гарантује извршење обавеза које је преузела у вези са инвестицијом СГС супротно члану 11 БИТ-а.

129. Тужилац није тражио од арбитражног суда да одлучи о захтевима СГС на основу приватоправног уговора или због повреде тог уговора...“ – *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Одлука о надлежности од 12. фебруара 2010, пасуси 128–129.

[24] *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.* v. *Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Одлука о надлежности од 19. новембра 2005, пасус 148.

[25] *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* v. *Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Одлука о надлежности од 29. јануара 2004, пасус 153.

[26] H. E. Kjos, 176–180.

[27] *Inceysa Vallisoletana S.L. v Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Одлука од 2. августа 2006.

на међународно право и општа правна начела,[28] али не и на домаће право туженог Салвадора, иако су у БИТ-у као меродавна за спор предвиђена правила међународног и домаћег права.

У претходном случају би резултат био исти и да је примењено право Салвадора. Ипак, постоје примери у којима избор права може да буде одлучујући за исход спора. У предмету *Азурикс против Аргентине*[29] поставило се питање да ли инвеститор има право на једнострани раскид уговора о концесији због тога што давалац концесије није извршио уговор. Арбитражни суд је о раскиду уговора решавао без примене аргентинског права као меродавног права за уговор. Мада према аргентинском закону концесионар није имао могућност да једнострано раскине уговор, нашао је да је то супротно начелу *exceptio non adimpleti contractus*.[30] Међутим, како то примећује Закари Даглас, право меродавно за уговор познаје концепт француског права о административним уговорима, који заиста искључује примену начела *exceptio non adimpleti contractus*.[31] Да је арбитражни суд применио меродавно право на предметни уговор, не би могао доћи до закључка да је наступила повреда међународног споразума. Иначе, поменути БИТ између САД и Аргентине и није садржао одредбу о меродавном праву за решавање спора насталог на основу БИТ-а.

Исти аутор критикује искључивање домаћег права као меродавног за решавање међународних инвестиционих спорова: „Ослонац на доктрину по којој је домаће право само чињеница за међународни суд омета развој међународног инвестиционог права јер умањује суштинску улогу које домаће право има као извор права која чине инвестицију.“[32] Оно што ће чинити инвестицију представља заправо збир права које страни улагач стиче на основу унутрашњег права без којег не би ни било инвестиције.[33] Без инвестиције нема ни тужбеног захтева, ни спора пред ИКСИД-ом.

---

[28] *Ibid.*, пасус 179.

[29] *Azurix Corp. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/1, Одлука од 14. јула 2006.

[30] Од примене меродавног права арбитражни суд је одустао следећом реченицом: „Требало би уговор о концесији тумачити у складу са одредбама [аргентинског] закона. С друге стране, суд не може да занемари практичан исход таквог тумачења.“ – *Ibid.*, пасус 260.

[31] Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge 2009, 72.

[32] *Ibid.*, 72, пасус 120.

[33] Саторова објашњава релевантност унутрашњег права на следећи начин: „За разлику од неких других области међународног права у којима међународно јавно право већ традиционално има искључиву улогу и где је унутрашње право сведено на питање чињеница, међународни инструменти о заштити инвестиција

5. ТЕХНИКЕ КОЈИМА СЕ ОТКЛАЊА ПРИМЕНА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ

Упркос таквом правном оквиру и бројним билатералним споразумима који на различите начине упућују на унутрашње право, међународни арбитри са лакоћом искључују његову примену. У инвестиционој арбитражи судови имају надлежност да одлучују о томе да ли су одређена чињења и нечињења државе домаћина у складу са њеним обавезама из међународног инвестиционог споразума да пружи одговарајући третман страном улагачу и његовом улагању. Из чињенице да је заштита страног улагања предмет одлучивања произлази да је целокупан унутрашњи правни оквир третмана страног улагања предмет контроле арбитражног суда. У том погледу се положај и надлежност међународног инвестиционог арбитражног суда не разликују много од других међународних судова где појединац располаже самосталним правним средством, тужбом, против државе. Разлика се може пронаћи у положају унутрашњег правног поретка у којем и долази до потенцијалне повреде међународног стандарда: ако међународни суд захтева претходну исправку повреде у унутрашњем правном систему, помоћу правила о локалним правним лековима или на неки други начин, тиме признаје правно дејство унутрашњем праву. Уколико не признаје правило о локалним правним лековима,[34]

предвиђају другачији међусобни однос међународних и унутрашњих правних норми. Упркос свом међународном карактеру, инвестициони спор може, а то је често и случај, отворити чињенична и правна питања која се морају оцењивати упућивањем на унутрашње право државе домаћина, где се држави даје могућност да више утиче на решење инвестиционог спора чак и када је судско решавање поверено међународним судовима. Најбољи пример је постојање права или '*covenanted benefit*', када инвеститор тврди да је био лишен права мером државе или неким њеним пропустом који је супротан стандардима из међународног уговора о заштити инвестиција. Иако међународни уговори и међународно обичајно право регулишу третман страних инвеститора тако што постављају одређене стандарде у форми забране дискриминације, арбитрерног поступања, клаузуле највећег повлашћења и поштеног и правичног третмана, унутрашње право државе домаћина је оно које одређује овлашћење инвеститора које је он стекао на основу уговора или стицањем имовине. Међународно право не садржи норме о стицању имовине, о уговорима и другим сличним правима, тако да од унутрашњег права зависи важење и само постојање права улагача на одређену имовину или корист." – M. Sattorova, „Return to the Local Remedies Rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law", *Legal Issues of Economic Integration* 2/2012, 240–241.

[34] „Пристанак странака на арбитражу сходно овој конвенцији сматра се пристанком на ту арбитражу с искључењем сваког другог правног средства, изузев ако је друкчије уговорено. Држава уговорница може захтевати да се исцрпу унутрашња административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу сходно овој конвенцији." – Чл. 26 ИКСИД конвенције.

тиме искључује потенцијалну ремедијалну улогу унутрашњег права. Уколико ни у меритуму не признаје дејство унутрашњем праву, тиме одузима унутрашњем праву сваки значај, и то управо у контексту какав је инвестициони, где је оно најзначајније.

Једна од уобичајених техника је да исте чињенице могу послужити као основ за две различите тужбе, „међународну" (*„treaty claim"*) и „уговорну" (*„contract claim"*), тако да једна другу не искључују нити на било који начин утичу једна на другу. У предмету *Вивенди против Аргентине* арбитражни суд је то формулисао на следећи начин:

„У складу са овим општим начелом (које је несумњиво израз општег међународног права), питања да ли постоји повреда двостраног међународног споразума и да ли постоји повреда приватноправног уговора различита су питања. Сваки од ових захтева се оцењује према свом меродавном праву – у случају двостраног споразума према међународном праву, а у случају уговора о концесији према праву утврђеном у уговору..."[35]

У предмету *Азурикс против Аргентине* арбитражни суд закључује:

„Чак и када спор, како га је изнео тужилац, укључује и тумачење и анализу чињеница у вези са извршењем уговора о концесији, арбитражни суд сматра да, у мери у којој су та питања значајна за повреду обавеза тужене државе на основу међународног инвестиционог споразума, они не могу *per se* трансформисати спор на основу међународног споразума у уговорни спор."[36]

У предмету *Импређило против Пакистана* арбитражни суд је закључио да „супротно ставу Пакистана, чињеница да је реч о захтеву на основу приватноправног уговора не значи да не постоји такође – чак и одвојено – захтев на основу међународног уговора. Ако се та два захтева и потпуно поклапају, они и даље остају различити, а самим тим захтевају и другачије испитивање".[37]

У предмету *АЕС против Аргентине* арбитражни суд је нашао да арбитражна клаузула у концесионом уговору којом се поверава искључива надлежност административним судовима Аргентине има

[35] *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Одлука о поништају од 3. јула 2002, пасус 96.

[36] *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Одлука о надлежности од 8. децембра 2003, пасус 76.

[37] *Impregilo S.p.A v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Одлука о надлежности од 22. априла 2005, пасус 258.

дејство само у њеном домаћем поретку и да та клаузула не спречава тужиоца да користи своје право из БИТ-а и ИКСИД конвенције.[38]

У предмету *СГС против Пакистана* арбитражни суд је, водећи се налазима Комитета за поништај у предмету *Вивенди I*, закључио да исти чињенични склоп може „послужити као основ за различите захтеве који своје основе имају у различитим правним порецима: унутрашњем и међународном правном поретку".[39]

Сви ти примери илуструју начине на које међународни арбитри повлаче разлику између међународног и унутрашњег права. Исти метод се користи у различите сврхе: за разликовање међународноправних од приватноправних уговора, за ускраћивање дејства уговореном форуму за решавање спорова из приватноправног уговора, за ускраћивање дејства унутрашњем праву иако је оно предвиђено као меродавно за решење спора релевантним БИТ-ом, за ускраћивање дејства другим арбитражним одлукама којима је одлучено о истим правним питањима као што су она о којима расправља међународни арбитражни суд, за ускраћивање дејства процесној препреци литиспенденције итд.[40] Тиме се ограничава правностваралачка и судска власт државе домаћина и негира аутономија воље уговорних страна у основном инвестиционом послу.

Другим речима, таквим техникама међународни арбитри проширују своју надлежност, не само у односу на унутрашње правне системе и националне редовне и арбитражне судове већ и у односу на друге међународноправне режиме. На пример, међународни инвестициони судови не тако ретко долазе у ситуацију да одлучују о људским правима: у предмету *Суец Вивенди против Аргентине* арбитражни суд је закључио да људско право на воду не може да послужи као основ за искључење обавезе, а тиме и одговорности, на основу БИТ-а.[41] Такође, у другим случајевима у којима су се људска права појавила као аргумент тужене државе у спору, односно као потенцијални основ за ограничење права из међународног инвести-

[38] *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, пасус 93.

[39] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Одлука арбитражног суда о приговорима ненадлежности од 6. августа 2003, пасус 147.

[40] M. Stanivuković, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute", *Transnational Dispute Management*, *CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution*, *TDM* 4/2014, 16.

[41] „Аргентина има две врсте међународних обавеза, оне на основу људских права и оне на основу међународних уговора, и мора их једнако поштовати." – *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), Одлука о надлежности од 30. јула 2010, пасус 262.

ционог споразума, арбитри су такав аргумент одбијали[42] или су се супротстављали налазима, на пример, Европског суда за заштиту људских права.[43]

6. ПРОБЛЕМИ КОЈИ НАСТАЈУ ИСКЉУЧИВАЊЕМ УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Један од значајних проблема у савременом међународном систему решавања спорова јесте и удвостручавање поступака када се два поступка, национални и међународни, воде истовремено поводом исте правне ствари:

„Данас је постало уобичајено да се покрене поступак пред међународним судом који се преклапа са поступком пред националним судом. Тиме се отвара питање приоритета и јаче правне снаге, а непостојање систематског приступа том питању представља све већи проблем.“[44]

Један од узрока тог негативног феномена поједини аутори виде у дуалистичком приступу арбитражних судова ИКСИД-а:

„Предмети пред ИКСИД-ом о којима је било речи, који се односе на сложене пословне спорове, показују и неке нежељене последице које настају услед примене традиционалног концепта правног дуализма и хијерархије која одређује однос унутрашњих и међународних механизама за решавање спорова.“[45]

Утисак је да већина међународних арбитара приступа врло формалистички питању постојања паралелног поступка[46] или друге

[42] M. Hirsch, „Investment tribunals and human rights treaties: a sociological perspective“, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective* (ed. F. Baetens), CUP, Cambridge 2013, 85–105.

[43] *Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Одлука од 20. јула 2012, пасус 82.

[44] G. Biehler, *Procedures in International Law*, Springer, Berlin – Heidelberg 2008, 313.

[45] Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, OUP, Oxford 2007, 64.

[46] Једино су арбитражни судови у предметима *СГС против Филипина* и *БИВАК против Парагваја* дозволили прекид поступка пред ИКСИД-ом док се не оконча поступак пред уговореним форумом. – *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* v. *Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Одлука о надлежности од 29. јануара 2004; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Одлука о приговорима ненадлежности од 9. октобра 2012. Други арбитражни судови су углавном одбацивали овакве захтеве. У

арбитражне или судске одлуке, односно да врло строго оцењује процесне препреке *res judicata* и *lis pendens*.[47] У случајевима када основни приватноправни уговор предвиђа искључиву надлежност неког другог форума, међународни арбитражни судови захтевају да се испуни тзв. тест троструког идентитета (*triple identity test*), односно да постоји идентитет страна, предмета спора и основа тужбених захтева.[48] Имајући у виду специфичности међународне инвестиционе арбитраже, у коју су често укључени субјекти из више држава, где постоји више правних инструмената и могућност ланчаног власништва и бескрајног низа индиректних инвеститора, те услове је тешко испунити. Захтевајући немогуће, арбитражни судови само наизглед примењују основна процесна начела пресуђене ствари и литиспенденције, а у ствари увек такве приговоре одбијају. Понекад се приговори те врсте одбијају и зато што је наводно реч о два потпуно различита система, тако да један на други не могу ни да утичу.[49]

Разликовање међународних и других поступака је понекад тешко одрживо и неосновано.[50] Последице могу бити непожељне јер се на тај начин занемарују интереси странака у другим поступцима и повећава ризик доношења различитих одлука, а самим тим и угрожавају правна сигурност и једнакост.

7. РАЗЛОЗИ КОЈИ СУ ДОВЕЛИ ДО ИСКЉУЧИВАЊА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ

Пракса је показала да су овлашћења међународних арбитара врло широка. Могућност преиспитивања скоро свих видова државне власти готово је без преседана у међународном правосуђу.[51] Ако се таквим овлашћењима придружи чињеница да су најчешће тужене

предмету *Бајиндир против Пакистана* арбитражни суд је констатовао да би то било могуће само ако постоје „стварно убедљиви разлози". – *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Одлука о надлежности од 14. новембра 2005, пасус 271.

47 Вид. M. Stanivuković, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute", *Transnational Dispute Management*, *CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution, TDM*, 4/2014.

48 *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Одлука о надлежности од 8. децембра 2003.

49 *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Одлука о надлежности од 25. јула 2005.

50 G. Biehler, 337.

51 С. Ђајић, *Међународно правосуђе*, Сл. гласник, Београд 2012, 122.

државе у развоју, а да тужиоци долазе из развијених држава, онда цео систем добија обележје неједнакости и неравноправности.[52] Шанса да се обим надлежности прошири, коју пружа примена међународног права, представља додатни мотив арбитрима да у сваком предмету претпоставе међународно право унутрашњем.

У таквом контексту је посебно значајна чињеница да су арбитри углавном из развијених држава, одакле долазе и инвеститори као потенцијални тужиоци.[53] Осим тога, занимљиво је да је колегијум арбитара који одлучују у тим споровима мали, те да, сходно томе, доношење великог броја важних одлука припада уском кругу људи.[54] То је значајно из два разлога. Прво, заједничко наслеђе и заједнички интереси могу да утичу на тренд доношења одлука – реч је о социолошкоправном приступу анализи међународних одлука.[55] Тим арбитрима нису позната правила унутрашњег права тужених држава и можда је природно очекивати да имају отпор према примени непознатих правила. Друго, такав састав илуструје неједнакост коју тај систем негује: у саставима арбитражних судова арбитри из земаља у развоју или земаља трећег света права су реткост.

[52] „ИКСИД је створен имајући у виду земље у развоју (као тужене) и главне мултинационалне компаније (као тужиоце). Уз неколико изузетака државе које учествују у ИКСИД поступцима углавном су државе у развоју. Тако су и тужиоци углавном компаније које контролишу држављани из Европе и САД.“ – S. Puig, „Social Capital in the Arbitration Market“, *European Journal of International Law* 2/2014, 395.

[53] „Неравнотежа је очигледна и у погледу држављанства. Иако је чак 87 држава представљено путем именованих арбитара, већина арбитара је из тачно одређених развијених земаља. Појединци из седам држава (Нови Зеланд, Аустралија, Канада, Швајцарска, Француска, Уједињено Краљевство и САД) чине више од половину именовања.“ – S. Puig, 405.

„Већина именовања припада арбитрима из тачно одређених развијених држава, што указује на то да постојање конкуренције између европских ‘седих мудраца’ и англоамеричких ‘арбитара технократа’, како су их пре неколико година и назвали Гарт и Дезалеј, представља добро објашњење овакве расподеле.“ – *Ibid*., 407.

[54] „*Свет је мали:* у мрежи арбитара доминира мала и чврсто повезана група чији се чланови не могу одупрети ставовима кључних чланова групе, али се зато могу одупрети онима које налазе на њеној периферији.“ – S. Puig, 418.

„Мрежа међународних професионалних арбитара зависи од малог броја друштвено истакнутих појединаца.“ – *Ibid*., 423.

[55] Социолошки приступ у новије време често користе аналитичари међународне инвестиционе арбитраже: M. Hirsch, „Investment tribunals and human rights treaties: a sociological perspective“, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective* (ed. Freya Baetens), CUP, Cambridge 2013, 85–105; E. Sussman, „Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them“, *American Review of International Arbitration* 3/2013, 487–514; A. Roberts, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *American Journal of International Law* 1/2013, 45–94.

8. МЕЂУНАРОДНО И УНУТРАШЊЕ ПРАВО: ОДНОС МОЋИ И НЕЈЕДНАКОСТИ

Једна од тема које прате међународну инвестициону арбитражу јесте и питање да ли арбитражни судови проширењем надлежности, екстензивним тумачењем стандарда из међународних споразума и искључивањем примене унутрашњег права заправо теже да себи прибаве значајну правосудну моћ.[56] Познат је цитат једног арбитра који илуструје ширину овлашћења и обим моћи које су за себе претпоставили међународни арбитражни судови:

„Када се пробудим ноћу и размишљам о арбитражи, не престаје ме чудити чињеница да су суверене државе уопште пристале на међународну арбитражу. (...) Три лица су добила овлашћење да преиспитују, без било какве контроле у форми жалбеног поступка, све радње држава, све одлуке њихових судова и све законе и прописе које доносе њихови парламенти.“[57]

Поједини аутори критикују систем због његове наводне пристрасности[58] и због тога што избегава да унутрашњем праву призна одговорајуће дејство користећи се доктрином „интернационализованих уговора“.[59] Други, попут Мавлуде Саторове, тврде да је постојеће међународно инвестиционо право извор неравноправности, а да систем за решавање спорова само продубљује разлике између држава. Она се придружује критичарима начина на који се поступа са унутрашњим правом у међународној инвестиционој арбитражи и сматра да тај поступак доводи до асиметрије моћи.[60] Њена критика је заснована на анализи примене правила о локалним правним лековима и одступања од примене од тог правила јер у оба случаја приступ арбитара фаворизује међународну инвестициону арбитражу у односу на национално и транснационално правосуђе. Према њеном мишљењу, и примена и одступање од примене правила о локалним правним лековима показују да „међународна правила могу да буду инструментализована за легализацију неједнакости“.[61] Према томе,

56 M. Sornarajah, „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration* 3/1997, 103–140.

57 Хуан Фернандез-Арместо (Juan Fernández-Armesto). Наведено према: *http://corporateeurope.org/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators#footnote1_h0xj6pq*, 16. јануар 2017.

58 A. A. Shalakany, „Arbitration and the Third World: Bias under the Scepter of Neo-Liberalism“, *Harvard International Law Journal* 2/2000, 419–468.

59 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, CUP, Cambridge 2010, 289–299.

60 M. Sattorova, 224.

61 *Ibid.*, 240 (цитира: N. Krisch, „International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 3/2005, 389).

ни однос међународног и унутрашњег права ни однос националних и међународних арбитражних судова нису у равнотежи и у коначном резултату су неправични. Строго разликовање и међусобно искључење примене међународног и унутрашњег права није у складу са захтевима чл. 42 ИКСИД конвенције нити са природом инвестиционих спорова.[62]

9. ЗАКЉУЧАК

Међународни инвестициони спорови настају из приватних инвестиција и привредног пословања страних инвеститора. Међународно инвестиционо право представља комбинацију приватноправних и јавноправних норми,[63] а поједини аутори сматрају да је оно постало посебна правна грана са својим специфичним обележјима.[64] Такође, ИКСИД конвенција и бројни инвестициони споразуми прихватају примену унутрашњег права као меродавног за неке аспекте међународног инвестиционог спора. Упркос томе, у међународној инвестиционој арбитражи практично не постоји примена унутрашњег права као меродавног за решење спора, или неких аспеката спора. Уобичајила се пракса да је међународно право увек меродавно. Имајући у виду приватни и привредни карактер инвести-

[62] „Иако је однос међународног и унутрашњег права другачије уређен међународним инвестиционим уговорима у односу на традиционалну претпоставку да је домаће право само чињеница, арбитражни судови нису јединствени када утврђују меродавно право за решавање различитих аспеката инвестиционог спора. Упркос чињеници да основни извори права за арбитражу захтевају примену унутрашњег права заједно са релевантним одредбама међународног инвестиционог споразума, арбитражни судови су и даље невољни да примене унутрашње право (и признају конкурентну надлежност националних судова), инсистирајући на приоритету међународног права чак и за питања за која не постоје никаква меродавна међународноправна норма.“ – *Ibid.*, 241–242.

[63] „Међународно инвестиционо право се састоји од неколико сегмената: општег међународног права, општих стандарда међународног привредног права и посебних правила која су специфична за ту област. Изучавање те области значи да се морају узети у обзир и консултовати сва три сегмента. Штавише, већ одавно постоји становиште да правила међународног инвестиционог права нужно укључују и поједине аспекте права државе домаћина. Зависно од околности конкретног случаја и питања, међуоднос релевантних правила унутрашњег права државе домаћина и меродавних правила међународног права може бити кључно питање за анализу случаја; на пример, унутрашњеправна дефиниција улагања, унутрашња правила о надлежности међународних судова и о држављанству могу определити природу али и крајњи одговор на постављено питање.“ – R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, 3.

[64] M. Vasiljević, M. Jovanović, „Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016, 6.

ционог пројекта, који најчешће почива на уговору на основу којег се врши инвестирање, необично је да унутрашње право буде тако лако уклоњено као релевантно за решење спора. Приватни спорови се, тако, решавају без примене приватног права. Разлози које наводе арбитражни судови су углавном они исти на основу којих се повлачи строга, а често и вештачка разлика између међународног и унутрашњег права. Последице умеју бити негативне јер се таквим поступањем неоправдано удвостручавају поступци и занемарују интереси различитих субјеката и аутономије воље страна у основном инвестиционом уговору. Негативне последице су потенцијално и шире јер се искључивањем примене њиховог унутрашњег права тужене државе стављају у неповољан положај – права која су оне евентуално задржале за себе на основу инвестиционог уговора или која су за себе задржали други домаћи субјекти не могу добити заштиту у међународном поступку. На тај начин међународни арбитри у инвестиционим споровима за себе задржавају искључиву надлежност да одлучују о питањима унутрашњег права и тако обезбеђују висок степен политичког утицаја на државе у развоју.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Baetens, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective*, CUP, Cambridge 2013.

Bederman, David J., *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, GA, Athens 2006.

Biehler, G., *Procedures in International Law*, Springer, Berlin – Heidelberg 2008.

Dolzer, R., Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, OUP, Oxford 2008.

Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge 2009.

Djajić, S., „Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses", *International Arbitration Law Review* 5/2011.

Ђајић, С., *Међународни судови: од сукоба до сарадње*, Нови Сад 2003. (Đajić, S., *Međunarodni sudovi: od sukoba do saradnje*, Novi Sad 2003)

Ђајић, С., *Међународно правосуђе*, Сл. гласник, Београд 2012. (Đajić, S., *Međunarodno pravosuđe*, Sl. glasnik, Beograd 2012)

Ђорђевић, С., „Однос унутрашњег и међународног права", *Анали Правног факултета у Београду* 4–6/1997. (Đorđević, S., „Odnos

unutrašnjeg i međunarodnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4–6/1997)

Etinski, R, Đajić, S., „Direct Effect of the European Convention on Human Rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015.

Етински, Р., Ђајић, С., *Међународно јавно право*, Нови Сад 2014.[6] (Etinski, R., Đajić, S., *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad 2014[6])

Higgins, R., *Problems & Process: International Law and How We Use It*, OUP, Oxford 2003.

Kjos, H. E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, OUP, Oxford 2013.

Krisch, N., „International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 3/2005.

Lauterpacht, H., *International Law: Collected Papers – 1. General Works* (ed. E. Lauterpacht), CUP, Cambridge 1970.

Novaković, M. (ed.), *Monism & Dualism*, Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2013.

Puig, S., „Social Capital in the Arbitration Market“, *European Journal of International Law* 2/2014.

Roberts, A., „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *American Journal of International Law* 1/2013.

Sattorova, M., „Return to the Local Remedies Rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2012.

Schreuer, C., *et al*., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, CUP, Cambridge 2009.

Shalakany, A. A., „Arbitration and the Third World: Bias under the Scepter of Neo-Liberalism“, *Harvard International Law Journal* 2/2000.

Shany, Y., *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, OUP, Oxford 2007.

Sornarajah, M., „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration* 3/1997.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, CUP, Cambridge 2010.

Stanivuković, M., „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, *Transnational Dispute Management*, CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution, *TDM* 4, 2014.

Станивуковић, М., *Међународна арбитража,* Сл. гласник, Београд 2013. (Stanivuković, M., *Međunarodna arbitraža*, Sl. glasnik, Beograd 2013)

Sussman, E., „Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them“, *American Review of International Arbitration* 3/2013.

Vasiljević, M., Jovanović, M., „Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016.

Wälde, T., „The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?“, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID*, (ed. Todd Weiler), Cameron May, London 2004.

Yannaca-Small, K. (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford 2010.

Sanja Đajić, PhD

Full Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

Maja Stanivuković, PhD

Full Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

DOMESTIC LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: AN OVERLOOKED SOURCE OF LAW

Summary

Domestic law would seem to be a natural first choice for settling international investment disputes: investment disputes generally originate from private or commercial contracts which most often provide for applicability of domestic law. A number of issues in dispute may result from the application of domestic law, which makes the analysis of domestic law practically indispensable. Furthermore, sources of law regulating international investment arbitration do not exclude the application of national law, and some of them, like the ICSID Convention or a number of bilateral investment treaties, even require its application under certain circumstances. Despite such legal framework, international investment

tribunals rarely if ever apply rules of domestic law. The aim of this article is to highlight this phenomenon of avoiding application of domestic law within the context where its application is expected, required and even desirable. The authors have singled out various techniques applied by investment arbitrators for excluding the application of national law: alleged differences between national and international law which arguably results in the exclusion of domestic law, the rejection of doctrines of *res iudicata* and *litispendentio*, non-application of the local remedies rule, etc. The causes and reasons for avoiding application of domestic law are numerous: methods of appointment of arbitrators, composition of the international arbitration collegium, the fact that respondents are usually developing countries whose law may seem too distant for international arbitrators; tendency to opt for international law as applicable for the dispute in the absence of an explicit agreement of the parties; specific power-sharing between international and national arbitration arenas.

Key words: *Applicable law in investment arbitration. – Investment arbitration. – Treaty claims. – Contract claims. – National law in international arbitration. – Political power of international judiciary.*

Article history:
Received: 22. 1. 2017.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 368.811; 336.717.061

CERIF: S137

Наташа Петровић Томић[*]

УГОВОР О ОСИГУРАЊУ СПОСОБНОСТИ ВРАЋАЊА КРЕДИТА

Иако прилично распрострањено у пракси домаћих банака, осигурање способности враћања кредита представља непознаницу за просечног потрошача финансијских услуга. Ауторка настоји да објасни механизам тог производа осигурања, са акцентом на потенцијално негативне стране уочене у домаћој пракси осигурања. Будући да износи довољно аргумената у прилог тврдње да је корисник кредита угрожени потрошач, ради унапређења домаћег права, ауторка предлаже да се уведе штедна компонента у осигурање способности враћања кредита које покрива ризик смрти осигураника. Ауторка се залаже и за унапређење осигуравајуће заштите у смислу обухватања платежне способности осигураника уопште, а не само у вези са враћањем потрошачког кредита.

Ауторка закључује да је осигурање способности враћања кредита у српској пракси осигурања тренутно високоризичан посао, закључен противно интересима осигураника. Стога је неопходна ревизија услова осигурања домаћих осигуравача и обвезивање банака на поштовање законских обавеза, а најпре обавезе информисања.

Кључне речи: *Потрошачки кредит. – Отплата кредита. – Осигурање способности враћања кредита. – Заштита потрошача.*

1. УВОД

Осигурање способности враћања кредита релативно је нов производ на тржишту осигурања Србије.[1] У питању је модалитет

[*] Ауторка је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *nataly@ius.bg.ac.rs*

[1] У питању је вид осигуравајућег покрића који прати развој потрошачких кредита. Стога се и његово појављивање везује за „бум“ потрошачког кредитирања.

покрића чији је циљ да рате из уговора о кредиту исплаћује осигуравач уместо дужника, због његове немогућности да то учини услед губитка или смањења прихода. Накнада се најчешће исплаћује даваоцу кредита, то јест банци, чиме се смањује дуг осигураника (примаоца кредита) према њој. Реч је, дакле, о врсти осигурања са *двоструком заштитном функцијом*. С једне стране, пружа се заштита осигуранику који из одређених разлога више није у стању да редовно отплаћује рате кредита, а с друге стране, банци се гарантује да неће трпети штетне последице накнадно настале неспособности плаћања примаоца кредита. Отуда велика заинтересованост банака да промовишу тај вид осигурања, односно да услове одобрење кредита својим клијентима пристанком на тај вид покрића.[2]

Имајући у виду да просечан грађанин у току свог животног и радног века има потребе да путем кредита финансира стицање добара неопходних за нормалан живот, јасно је да осигурање којим се гарантује исплата рата кредита у случају његове смрти, губитка радне способности, тзв. недобровољног губитка запослења и других уговором дефинисаних ризика има будућност.[3] Ризици од којих се штити осигураник јесу догађаји који могу погодити свако лице које је закључило уговор о кредиту. Неизвесност која прати живот у савременом друштву утолико је израженија када је реч о враћању кредита банци. Међутим, ово осигурање – бар у домаћој пракси осигурања – није замишљено тако да првенствено штити интересе корисника кредита. Како ће у раду бити приказано, постоје бројни аргументи против тог осигурања: почев од тога да осигураник нема могућност да изабере осигуравача и обим покрића до тога да не покрива одређене ризике итд. Из тога произлази оправдана брига за обезбеђење одређеног степена заштите потрошача те врсте осигурања.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА

Уговор о осигурању способности враћања кредита, односно осигурање способности враћања кредита као производ тржишта осигурања не може се посматрати (и дефинисати) независно од потрошачког кредита, чијем извршењу служи. Најопштије говорећи, оно служи обезбеђењу дугованих исплата (ануитета) корисника кре-

У Немачкој је, примера ради, то осигурање почело да се развија још 1957. године. Вид. Klaus Pällmann, *Die Restschuldversicherung beim Konzumentenratenkredit – Eine rechtstatsächliche und zivilrechtliche Untersuchung,* Dissertation, Bremen 1985, 7.

2 На разумевање све веће улоге овог осигурања у XXI веку утиче и податак да оно *de facto* служи и као средство обезбеђења потраживања из уговора о кредиту.

3 Amparo San José Riestra, *Credit Insurance in Europe, Impact, Measurement & Policy Recommendations*, Centre for European Policy Studies, Brussels 2003, 3–5.

дита према даваоцу кредита.[4] Наравно, заштита коју пружа ограничена је на тачно одређене случајеве, који доводе до губитка редовних прихода корисника кредита и његове неспособности да према даваоцу кредита испуни обавезе сходно уговореном плану отплате кредита.[5] Осигурањем способности враћања кредита се, дакле, гарантује *бонитет осигураника, његова платежна способност*, од које зависи да ли ће моћи да испуњава преузете обавезе.[6] Из таквог одређења осигурања способности враћања кредита јасно произлази да оно са уговором о потрошачком кредиту представља скуп уговора, повезаних истом каузом.[7]

Уговор о осигурању способности враћања кредита може се дефинисати као уговор на основу кога се осигуравач обавезује према банци као уговарачу осигурања да ће испунити обавезе корисника кредита (осигураника) из уговора о кредиту у случају да он није у стању да их испуни због смрти, неспособности за рад, отказа уговора о раду и/или других ризика.[8] Дужник плаћања премије осигурања

[4] Harold Schulz, Volker Stegmann, Jürgen Uffmann, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen versichern*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main 2007, 3.

[5] Jürgen Grauschopf, „Kreditversicherung“, *Der Versicherungsprozess*, 2. vollständig überarbeitete Auflage (hrsg. Jürgen Veith, Jürgen Gräfe), Verlag C. H. Beck, München 2010, 1421.

[6] Tim Gessner, *Die rechtiche Grenzen für restschuldversicherte Verbraucherdarlehensverträge*, Nomos, Baden-Baden 2010, 19.

[7] Стога је логично да су пуноважност и дејство уговора о осигурању способности враћања кредита условљени пуноважношћу уговора о потрошачком кредиту. Што се тиче трајања осигуравајућег покрића, заштита корисника кредита налаже да уговор о осигурању у погледу трајања прати уговор о кредиту. То у пракси и јесте најчешће случај, с тим што се почетак трајања покрића различито одређује према томе да ли се уговор о осигурању закључује у исто време када и уговор о кредиту или касније (то јест након закључења уговора о кредиту). Ако се корисник кредита одлучи да прибави осигурање способности враћања кредита већ у тренутку закључења уговора о кредиту, осигуравајуће покриће почиње да делује у 00.00 часова идућег дана од дана када су потписане приступница групном уговору и плаћена премија осигурања. Ако се, међутим, осигурање касније прибавља, оно почиње да делује у 00.00 часова идућег дана од дана када је плаћена премија осигурања. Имајући у виду повезаност уговора о осигурању и уговора о кредиту, постоје посебни основи престанка уговора о осигурању: 1) истеком дана када је уговор о кредиту раскинут, утврђена његова ништавост или уопште престао да производи правна дејства из било ког разлога; 2) истеком дана у коме су исплаћене све обавезе осигураника према банци на основу уговора о кредиту; 3) истеком задњег дана рока отплате кредита, односно истеком дана доспећа задњег ануитета. Слично: Robert Freitag, „Verbraucherdarlehens– und Restschuldversicherungsvertrag als verbundene Geschäfte“, *ZIP* 2009, 1297.

[8] Детаљније: Klaus Pällmann, 4; Michael Knobloch, *Der Markt der Restschuldversicherungen in Deutschland,* VuR, 2008, 91; Tim Gessner, 18–19; Лорис Беланић, „Уговор о осигурању способности враћања кредита према условима осигурања хрватских друштава за осигурање, критика и приједлози реформе у поредбеном праву“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2012, 70.

није банка (уговарач осигурања), већ је то осигураник (корисник кредита), што значи да се то осигурање не прибавља према модалитету осигурања за туђ рачун већ га сваки осигураник уговара за себе. Специфичност тог осигурања огледа се и у томе што се накнада из осигурања не исплаћује осигуранику, већ директно на његов рачун. На тај начин се смањује дуг осигураника према банци. Из начина на који то осигурање функционише јасно је да је оно првенствено у интересу банке даваоца кредита. Као што ћемо у раду показати, највеће замерке које му се упућују потичу отуда што се њиме недовољно штите интереси осигураника.[9] Заправо, његови интереси штите се само посредно, то јест путем исплате месечних рата кредита уместо њега. Тако конципирана заштита је оправдана једино у случају смрти корисника кредита. У ситуацији када корисник кредита постане привремено или трајно инсолвентан услед неспособности за рад или губитка запослења, то није једини начин на који му се може пружити заштита. Осигуравајућа заштита треба да буде шире одређена. Из осигурања треба исплатити и одређени износ лично осигуранику, како би премостио пад прихода и уопште животног стандарда.

У нашем праву уговор о осигурању способности враћања кредита убраја се у групу имовинских осигурања.[10] Иако се њиме пружа обезбеђење повериочевог потраживања, примарна функција осигурања кредита је накнада штете. Реч је о надасве специфичној врсти осигурања, која је у поређењу са другим – мање значајним – врстама осигурања остала изван интересовања домаћих правника, и теоретичара и практичара. У питању је осигурање које је настало као одговор на потребе проширења осигуравајуће заштите имовине и на различите *финансијске губитке осигураника*.[11] Закони о уговору

[9] У идеалном случају, осигурање способности враћања кредита у интересу је обе стране. Корисник потрошачког кредита не мора да страхује да ће услед немилог развоја догађаја бити онемогућен да врати кредит према плану отплате, односно да ће његовим наследницима у случају његове смрти остати обавеза према банци. Што се банке тиче, за њу је то осигурање још једно средство обезбеђења потраживања према корисницима кредита. Међутим, ствари стоје другачије у пракси. Тим осигурањем штити се превасходно банчин интерес, то јест њено потраживање према кориснику кредита; док је интерес осигураника тек секундаран. Детаљније: Tim Gessner, 19.

[10] Таква квалификација произлази из постојећег стања ствари (нап. аут.), то јест из тумачења услова домаћих осигуравача. Међутим, ако се прихвате предлози изнети у овом раду, осигурање способноси враћања кредита може – по угледу на упоредно право – да постане *мешовити производ*. Наиме, у немачком праву и пракси то се осигурање од када је уведено квалификује као *ризико осигурање живота* зато што је у немачкој пракси класичан ризик обухваћен тим осигурањем ризик смрти корисника кредита. Како код нас то није случај, с једне стране, и како не може бити говора о штедној компоненти премије осигурања, с друге стране, то остајемо на терену предлога.

[11] Детаљније о кредитном осигурању уопште: Harald Hermann, „Kredit– und Kautionsversicherung“ (hrsg. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beck-

о осигурању обично не садрже посебна правила о осигурању кредита. У већини права на та осигурања се примењују општа правила о осигурању имовине или општа правила уговорног права.[12] Заштитна функција тог осигурања састоји се у томе да се њиме штити имовина осигураника (корисника кредита) и његових наследника од дуга (преосталих рата кредита) према банци. Уколико то осигурање не постоји, неплаћање рате кредита имало би за последицу покретање одговарајућег поступка против корисника кредита, односно његових наследника. Будући да је у питању одштетно осигурање, примењује се принцип обештећења. Банка која је примила исплату од осигуравача по основу осигурања способности враћања кредита нема право да се користи и неким другим имовинским осигурањем.

Осигурање способности враћања кредита пружа се на основу генералног уговора, закљученог између осигуравача и банке даваоца кредита, коме се приступа на основу изјаве о приступању осигураника. Реч је типичном уговору по приступу, закљученом на начин који осигураника чини угроженим потрошачем услуга осигурања.[13] Он, наиме, само потписује изјаву о приступању уговору, што не гарантује да су му текст генералног уговора и општи услови осигурања предати пре потписивања и правног обвезивања.[14] За разумевање његовог положаја кључно је да се (најчешће) не може закључити појединачни

mann), *VersicherungsrechtsHandbuch*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015, 2564–2634.

12 На нивоу ЕУ – чије је тржиште кредитног осигурања најразвијеније – донета је најпре Директива 87/343 (Council Directive 87/343/EEC of 22 June 1987 amending, as regards credit insurance and syretyship insurance, First Directive 73/239/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insrance other than life assurance), а затим Директива 2000/35 о спречавању кашњења плаћања (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating Late Payment in Commercial Transactions, OJ L 200/35/EC). Након прве директиве у области неживотних осигурања – којом је дозвољено да на нивоу Европске заједнице привремено остане забрана обављања послова осигурања кредита заједно са другим имовинским осигурањима (зато што је у многим државама чланицама право на бављење пословима осигурања кредита било резервисано само за специјализована друштва осигурања, на пример, у Немачкој) – Директивом 87/343 укинута је та забрана. Директивом 87/343 прописано је да друштва за осигурање која имају дозволу за обављање неживотних осигурања обављају сва имовинска осигурања, укључујући и осигурање кредита и јемства. Имајући у виду специфичност послова кредитног осигурања и негативна искуства осигуравача, Директивом је уведен додатни – већи гарантни фонд и обавезно формирање додатних резерви сигурности са циљем гарантовања њихове солвентности.

13 Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет, Београд 2015a, 93–96.

14 Детаљније о потреби заштите потрошача у предуговорној фази и начину на који се то чини: *ibid*., 90–109.

уговор, односно да осигураник нема право избора осигуравача код кога ће прибавити ово осигурање.

3. УГОВОРНЕ СТРАНЕ

Уговор о осигурању способности враћања кредита карактерише постојање три уговорне стране: осигуравача, банке – уговарача осигурања и корисника кредита – осигураника. Осигуравач је лице које се професионално бави пословима осигурања кредита и који на основу одређеног уговора преузима на себе ризик отплате кредита из уговора о осигурању.

Уговарач осигурања је банка давалац кредита. Оно што је проблематично – бар из угла заштитне функције тог осигурања према кориснику кредита – јесте чињеница да је банка у исто време и посредни корисник осигурања. Она је уговорни партнер осигуравача, са којим закључује уговор о осигурању, који затим нуди својим клијентима. Она се, дакле, са осигуравачем договара који ће ризици бити обухваћени покрићем, а који ће бити искључени из покрића. Такође, банка преговара и о висини премије осигурања, коју треба да плате осигураници (корисници кредита). Уз то, банка по правилу уговара и право на провизију од осигуравача за сваки закључени уговор о осигурању.[15] Она се, заправо, налази у позицији *ексклузивног заступника осигурања* на основу споразума склопљеног са одређеним осигуравачем.[16] О конкуренцији између осигуравача који се баве пословима осигурања способности враћања кредита, јасно је, нема говора![17] Заправо, осигуравач припадник групе друштава закључењем *уговора о ексклузивном заступању* са одређеном банком добија монополски положај. То се свакако одражава на услове осигурања, уговорне клаузуле, а понајвише на премије осигурања.[18] Из тих података је јасно да је позиција банке врло *привилегована*. Она уговара покриће спрам својих интереса и потреба. Иако је уговарач осигурања, она не плаћа премију, али јој се, ипак (sic!) посредно исплаћује накнада када настане осигурани случај. Уз то, добија провизију за сваки закључени уговор са корисником кредита.

---

[15] Лорис Беланић, 71.

[16] Када се томе дода податак да банке по правилу сарађују са осигуравачима који припадају истој групи друштава, јасно је да је осигурање способности враћања кредита производ намењен заштити првенствено њихових интереса.

[17] Pällmann, 18; Schulz, Stegmann, Uffmann, 5; Peter O. Müllbert, Alexander Wilhelm, *Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung*, *WM* 2009, 2241.

[18] Tim Gessner, 27.

Осигураник је корисник кредита. Он закључује уговор којим се осигурава његова способност враћања кредита тачно одређеној банци. Најзначајнији ризици од којих се осигурава јесу: смрт, губитак радне способности и губитак запослења. На њему је обавеза плаћања премије осигурања, иако се накнада не исплаћује њему лично, већ на рачун банке даваоца кредита.[19] Очигледно је да он, притом, нема могућност избора осигуравача са којим ће закључити уговор о осигурању способности враћања кредита.[20] Тиме су прекршени основни постулати слободе уговарања. О томе колико је тангирана слобода уговарања осигураника осигурања способности враћања кредита сведочи податак да ни у обавезним осигурањима не постоји обавеза осигураника да закључи уговор само са једним осигуравачем. Осигураницима се омогућава да закључе уговор са било којим осигуравачем који се бави пословима обавезних осигурања. Из свега до сада реченог јасно је да осигураник те врсте осигурања може бити само физичко лице. Како је по правилу потрошач неук у односу на банку која му одобрава кредит и условљава га приступањем уговору о осигурању који је раније закључила по модалитету групног осигурања, јасно је да се корисник кредита налази у типичној потрошачкој позицији. Њему је неопходна двострука заштита: у односу са банком која му одобрава кредит и у односу са банком која иступа као заступник осигуравача у вези са уговором о осигурању способности враћања кредита. Сматрамо да том сегменту уговора о осигурању способности враћања кредита треба посветити много пажње да би се положај осигураника поправио.

Уговор о осигурању способности враћања кредита закључује се најчешће приступањем будућег осигураника (корисника кредита) групном уговору, који је банка закључила са осигуравачем.[21] Техника закључења уговора састоји се у следећем: банка нуди кориснику кредита да приступи уговору који је закључила са осигурачем.[22] Ако на то пристане, банка му предаје изјаву о приступању уговору о осигурању способности враћања кредита, коју потписују будући осигураник и банка у име осигуравача.[23] Банка, дакле, није овлашћена

---

[19] Осигураник је, дакле, дужник премије осигурања. Тако и: Tim Gessner, 30.

[20] Tim Gessner, 27.

[21] Такав начин пласирања ризика у покриће одговара фактичком стању ствари. Саме банке као даваоци кредита заинтересоване су за развој те врсте осигурања, а и у могућности су да „помогну“ његов развој. Стога оне закључују ексклузивни заступнички уговор са одређеним осигуравачем, на основу кога својим клијентима „нуде“ приступање само том уговору. Упор. Jérôme Kullmann, „Les mécanismes juridiques fondamanteaux des assurances collectives“, *RGDA* 3/1998, 521–529.

[22] Reifner Udo, Knobloch, Michael, Knops, Kai-Oliver, *Restschuldversicherung und Liquiditätssicherung*, Insititut für Finanzdienstleistungen e V., Hamburg 2010, 20.

[23] Поставља се питање шта ако корисник кредита одбије да приступи групном уговору о осигурању способности враћања кредита. Да ли банка може да

да издаје полису осигурања кориснику кредита. Уместо тога, сматра се да је сваки корисник кредита – коме је понуђено приступање уговору и који је на то пристао – осигуран за случај да не може да врати кредит уговором закључен између банке и одређеног осигуравача. Будући да не поседује полису осигурања способности враћања кредита, осигураник не може располагати правима из закљученог уговора.[24] То је крупно ограничење његових овлашћења, условљено техником приступања уговору.

Такав начин закључења уговора, јасно је, искључује могућност корисника кредита да сам изабере осигуравача са којим ће закључити уговор о осигурању. То га чини *угроженим потрошачем финансијских услуга*. Он, наиме, закључује уговор са два врло моћна пружаоца финансијских услуга: 1) са банком која му одобрава кредит и 2) са осигуравачем који му пружа осигурање кредитне способности, али посредством банке која је претходно закључила групни уговор са тим осигуравачем. Поставља се питање колико у тој констелацији фактичких и правних снага неко (банка или осигуравач) уопште може водити рачуна о интересима потрошача банкарских и услуга осигурања.

Сматрамо да је за његову заштиту кључно обавезати банку која иступа као ексклузивни заступник осигуравача да се придржава законских обавеза које иначе имају заступници осигурања. Под тим првенствено мислимо на дужност информисања и саветовања (у правима где постоји та законска дужност) корисника кредита, који треба да приступи групном уговору о осигурању кредитне способности.[25] Тај предлог се уклапа са јасним ставом судске праксе

га принуди на то? Или да одбије да одобри кредит? Да ли *de facto* то осигурање постаје обавезно? Осим тога, та ситуација може да се посматра и из угла поделе колективних уговора на уговоре са необавезним и са обавезним приступом. Уговор са необавезним приступом је у ствари оквирни уговор који закључују осигуравач и уговарач колективног осигурања, док сваки осигураник појединачно приступа. У принципу, уговори о осигурању способности враћања кредита јесу формалноправно уговори са необавезним приступом, али их типична потрошачка позиција осигураника чини специфичним. Теоретски, осигуравач може због селекције ризика да не прихвати све осигуранике који су упутили понуду за приступање уговору, иако су чланови групе коју заступа уговарач осигурања. Међутим, због уговора који су закључили са банком, они то најчешће не чине. Вид. Luc Mayaux, „Les assurances collectives“, *Les assurances de personnes*, Tome 4 (ed. Jean Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux), L. G. D. J, Paris 2011, 678–680.

[24] Tim Gessner, 32.

[25] Наиме, механизам колективних уговора о осигурању још више потенцира адхезиони карактер уговора, будући да припадник групе, то јест осигураник нема ни најмању преговарачку моћ. Он само приступа уговору у целини, и то на основу споразума уговарача осигурања и осигуравача. Вид. Charlotte Goldie-Genicon, „L’assurance de groupe á l’épreuve de la législation sur les clauses abusives“, Recueil Dalloz, 2008, 1.

да је уговарач колективног осигурања дужан да преда ОУО и ПУ осигураницима. Нема разлога да исто не важи и у погледу обавезе информисања у смислу Закона о осигурању. Банка треба да га информише о свим околностима о којима иначе осигуравачи информишу своје клијенте пре закључења уговора према Закону о осигурању.[26]

4. ОСИГУРАНИ РИЗИЦИ

Генерално говорећи, путем осигурања способности враћања кредита осигураник се штити од бројних ризика који могу имати за последицу потпуни или делимични губитак редовних прихода, те немогућност редовног измирења рата одобреног кредита. Најпознатији ризици који се покривају тим осигурањем јесу: смрт, губитак радне способности и невољни престанак радног односа (престанак радног односа услед отказа). Ради заштите интереса осигураника, требало би проширити осигуравајуће покриће и на ризик развода брака.

Што се тиче смрти као осигураног ризика (нем. *Restschuldverischerung für den Todesfall*), реч је о класичном и најстаријем ризику обухваћеном осигурањем способности враћања кредита у развијеним тржишним привредама. И данас ризик смрти осигураника представља базични ризик тог осигурања. Она је обухваћена покрићем независно од тога да ли је наступила као последица болести или несрећног случаја. Стога у немачкој теорији има мишљења да је уговор о осигурању способности враћања кредита *посебна форма уговора о осигурању живота* (то јест ризико животног осигурања).[27] Тај уговор се разликује од ризико животног осигурања само по томе што приликом његовог закључења изостаје лекарски преглед осигураника и што се не одређује осигурана сума, већ важи претпоставка да одговара износу одобреног кредита.[28] Настанком смрти као осигураног случаја осигуравач исплаћује банци целокупан остатак дуга из уговора о кредиту. Тиме се штити интерес наследника осигураника,

---

[26] Искуства из праксе показују да се најчешће клијентима само преда изјава о приступању уговору о групном осигурању (заједно са осталим документима), без икаквог објашњења. Тако они потпуно неинформисано улазе у још један правни однос, неуки и неупознати са својим правима и обавезама. За више детаља: Наташа Петровић Томић (2015а), 190–199.

[27] Разлика између уговора о осигурању способности враћања кредита и осигурања живота огледа се у томе што први нема штедну компоненту. Детаљније: Harald SCHulz, Volker Stegmann, Jürgen Uffman, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen versichern*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Mein, 9.

[28] Udo Reifner, Michael Knobloch, Kai-Oliver Knops, 25.

који неће бити у обавези да врате остатак кредита. Међутим, постоје бројни искључени ризици, који чине заштиту некомплетном.[29]

Губитак радне способности (нем. *Restschuldversicherung für die Arbeitsunfäigkeit*) због болести или несрећног случаја постоји када осигураник није у стању да обавља свој посао услед здравствених проблема, било да су они настали као последица болести или несрећног случаја.[30] Тај уговор се у немачком праву квалификује као *посебно осигурање за случај неспособности за рад и здравствено осигурање дневне накнаде*, које у датим случајевима служи исплати неплаћених рата кредита осигураника.[31] Сам осигурани ризик тј. неспособност за рад се различито дефинише у условима осигурања. Свим осигуравачима је заједничко настојање да осигурани ризик учине транспарентним, што се постиже увођењем горње границе година осигураника. По правилу, осигурање тог ризика се не нуди лицима старијим од 65 година. Такође, приликом осигурања ризика неспособности за рад практикује се увођење каранце, односно одређеног рока након закључења уговора у току кога не постоји обавеза осигуравача да покрије ризик неспособности за рад.[32] Обавеза осигуравача је различита према томе да ли је осигураник привремено или трајно неспособан за рад. Све док траје привремена неспособност за рад, осигуравач исплаћује банци доспеле рате кредита. Када се на основу медицинске документације констатује трајни губитак радне способности, осигуравач исплаћује банци целокупан остатак дуга из уговора о кредиту.

Најновији ризик који се покрива осигурањем способности враћања кредита јесте губитак радног односа.[33] За разлику од претходна два ризика, ризик губитка радног односа квалификује се као *имовинско осигурање*.[34] У светлу обавезе осигуравача да се баве пословима животних или неживотних осигурања, осигурање ризика губитка радног односа може се наћи само у понуди осигуравача имовинског осигурања, али га не могу нудити осигуравачи који нуде

29 Тако осигурање не делује у бројним неоправданим случајевима: на пример, у случају смрти као последице трудноће или порођаја.

30 Нису сви случајеви губитка радне способности обухваћени покрићем. Као и у вези са смрћу, и у вези са губитком радне способности постоји читав низ искључених ризика.

31 Kai-Oliver Knops, „Restschuldversicherung im Verbraucherkredit“, *Versicherungsrecht*, Heft 31, 2006, 1455; Michael Knobloch, 91.

32 Klaus Pällmann, 6.

33 Иако значајан, тај ризик се у немачком праву покрива заједно са ризиком смрти осигураника. Вид. Tim Gessner, 22.

34 Harald, Schulz, Volker Stegmann, Jürgen Uffmann, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen Versichern,* Frankfurt am Mein 2007, 10.

покриће ризика смрти и радне неспособности.[35] У случају губитка радног односа (нем. *Restschuldverischerung für die Arbeitslosigkeit*) осигуравач исплаћује банци месечне рате које доспевају према уговору о кредиту у току одређеног периода одређеног уговором о осигурању.[36] У упоредном праву се захтева испуњење сета услова да би осигуравач био у обавези у случају губитка радне способности. Прво, условима осигурања предвиђа се каренца, то јест одређени рок у току кога покриће не делује. Наиме, неће се сматрати осигураним случајем ако незапосленост наступи у року од два до шест месеци од закључења уговора о осигурању.[37] Увођењем каренце признаје се легитимно право осигуравача да избегне пружање осигуравајуће заштите лицу чији је радни однос у тренутку закључења уговора о осигурању угрожен. Ако је уговором предвиђени рок каренце истекао, осигураник има право на накнаду из осигурања ако су испуњени следећи услови: 1) да је осигуранику престао радни однос без његове кривице;[38] 2) да се пријавио на Завод за запошљавање и 3) да не остварује додатне приходе обављањем других делатности.[39]

5. ОСИГУРАНИ СЛУЧАЈ

Најкраће, предмет осигурања способности враћања кредита је *неспособност враћања кредита*. Због тога је неопходно прецизирати када се сматра да је она наступила. С обзиром на то да се ризици који се покривају тим осигурањем различито манифестују, условима осигурања се одређује када се сматра да је наступио осигурани случај. Дакле, сматра се да је осигурани случај наступио: 1) даном када је наступила смрт осигураника; 2) када је наступио 46. дан непрекинуте привремене неспособности за рад која је последица несрећног случаја или болести; 3) када је наступио 61. дан непре-

[35] Tim Gessner, 22.

[36] Обавеза осигуравача није, дакле, повезана са периодом незапослености, све док она траје. Обавеза осигуравача је увек ограничена на тачно одређени период незапослености (обично 12 месеци). То значи да, ако након истека уговором дефинисаног периода заштите осигураник не нађе ново запослење, остаје без осигуравајуће заштите. Вид. Tim Gessner, 24.

[37] Tim Gessner, 23.

[38] Сви случајеви престанка радног односа уз одговарајући допринос осигураника обухваћени су клаузулом о искљученим штетама. Под тим подразумевамо не само престанак радног односа услед отказа осигураника, већ и услед његове кривице, као и споразумни раскид радног односа. Такође, искључени су престанак радног односа услед истека радне дозволе, пробног рада и промене радног односа из пуног у непуно радно време и престанак радног односа због осуде за кривична дела и издржавања казне затвора.

[39] Tim Gessner, 23–24; Лорис Беланић, 73.

кидне незапослености. За заштиту интереса осигураника, а још више интереса банке, битно је да настанак неке од поменутих околности активира примену необориве претпоставке да је наступила неспособност враћања кредита.[40] Осигуравач, дакле, нема право да захтева од осигураника да пружи доказе да је услед наступања неког од осигураних ризика наступила неспособност враћања кредита, независно од стварног стања ствари. Другим речима, могућност враћања кредита из других прихода (на пример, имовине) не узима се у обзир за сврхе примене овог осигурања.

6. ОБАВЕЗЕ ОСИГУРАВАЧА И БАНКЕ – ЗАСТУПНИКА ОСИГУРАЊА

6.1. Информисање уговарача осигурања пре закључења уговора и за време важења уговора

Данас је општеприхваћено да се заштита потрошача услуга осигурања остварује прописивањем обавезе осигуравача, посредника или заступника осигурања да пре закључења уговора о осигурању уговарачу саопште две групе околности. Прва група информација односи се на пружаоца услуга осигурања, а друга на обавезу коју он уговором преузима. Притом, све информације морају бити саопштене писменим путем, на јасан и прецизан начин, на службеном језику земље чланице у којој је осигуравач преузео обавезу.[41] Како је у осигурању способности враћања кредита уобичајено да се не успоставља директан однос осигуравача и осигураника, то дужност информисања има банка заступник осигуравача.

Наиме, у Закону о осигурању изричито се каже да заступник и посредник осигурања имају дужност пружања информација уговарачу осигурања.[42] Из угла заштите интереса уговарача осигурања

---

[40] Лорис Беланић, 73–74.

[41] Детаљније о дужности информисања уговарача осигурања у упоредном праву: Наташа Петровић Томић (2015a), 141–189.

[42] Заступник је, према нашем праву, дужан да обавести уговарача осигурања пре закључења уговора, као и при измени, допуни или продужењу о: 1) свом пословном имену, седишту и адреси седишта; 2) регистру надлежног органа у који је уписан и начину провере регистрације; 3) називу друштва за осигурање са који има закључен уговор; 4) о томе да има непосредно, односно посредно право или могућност да оствари 10% или више гласачких права, односно власништво над 10% или више основног капитала у друштву за осигурање, са којим ће бити закључен уговор о осигурању; 5) о томе да друштво за осигурање с којим ће бити закључен уговор о осигурању или матично друштво тог друштва имају непосредно, односно посредно право или могућност да остваре 10% или више гласачких права, односно власништво над 10% или више основног капитала у том лицу; 6) начину заштите

посебно је корисно постојање обавезе да му се открије да ли заступник заступа само једно или више друштава за осигурање и да му се пруже информације које је према поменутом закону дужан да пружи осигуравач (тзв. потрошачке информације уређене чл. 82). Сам начин обавештавања уговарача осигурања, текст и садржај обавештења уређени су позивом на одредбе којима се уређују та питања када је адресат дужности информисања осигуравач.

Сматрамо да се обавеза информисања у случају осигурања способности враћања кредита може разложити на неколико конкретних обавеза. Пре тога сматрамо да је пожељно да нагласимо *обавезу банке да се понаша као заступник осигурања*, односно да извршава законске обавезе које из тог статуса произлазе. Она није прост продавац осигурања већ заступник са законом установљеним обавезама. С тим у вези, банка најпре треба да укаже свом клијенту да за потребе уговарања осигурања способности враћања кредита она иступа као заступник осигуравача. Од ње се, сходно том статусу, очекује да се понаша као заступник осигурања, односно да испуни све обавезе према будућем осигуранику.[43] Друго, банка има *обавезу да информише уговарача осигурања о правној природи те врсте осигурања*. У извршењу те обавезе основно је да се уговарачу недвосмислено стави до знања да се он штити од ризика неспособности враћања рата кредита из тачно одређених разлога, а не у сваком случају! Кључно је да се будућем осигуранику објасни на које се тачно ризике односи осигуравајуће покриће, на које се не односи, као и механизам деловања осигурања. Треће, уговарачу треба јасно рећи да ће *накнада из осигурања бити исплаћена на рачун банке, а не њему директно*. Уговарачи осигурања, то јест корисници финансијских услуга јесу потрошачи и упознавање са тим податком има круцијални значај за њихово разумевање суштине предметног осигурања. Ако о томе нису обавештени, они би могли мислити да право на накнаду из осигурања припада њима. Четврто, осигураника треба упознати са тим да *приступа генералном уговору*, који је банка унапред закључила са одређеним осигуравачем. Пето, осигураник има неспоран интерес да се упозна са износом премије која га терети за прибављање тог покрића зато што премија осигурања утиче на цену

његових права и интереса код тог лица; 7) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем тог лица и начину заштите његових права и интереса код тог органа. – Закон о осигурању, *Службени гласник РС, бр.* 139/14, чл. 111.

[43] Банка би требало да упозна осигураника са тим да је она *ексклузивни заступник* тачно одређеног осигуравача. Према нашем мишљењу, то је кључна информација за заштиту права потрошача услуга осигурања. Информација о ексклузивном заступништву, то јест о томе да „његова“ банка заступа само једног осигуравача и да за то добија провизију требало би да „пробуди“ неуког потрошача и да изазове повећану опрезност.

кредита. Шесто, потрошач услуга осигурања мора бити упознат са правом на одустанак од уговора. По угледу на директиве Европске уније, и у позитивном праву сада постоји могућност осигураника да у одређеном року одустане од уговора о осигурању (да се предомисли). У нашем праву тренутно не постоји дужност заступника ни осигуравача да саветују уговарача осигурања.[44]

6.2. Исплата накнаде из осигурања

Кључна обавеза осигуравача је исплата накнаде из осигурања након наступања осигураног случаја. И у погледу те обавезе осигуравача постоји специфичност у осигурању отплате кредита. Због тога је неопходно да банка упозна корисника кредита са чињеницом да накнада неће бити исплаћена њему већ банци. Висина накнаде из осигурања највише зависи од износа обавезе осигураника (његовог кредита) и врсте ризика услед кога је наступила неспособност враћања кредита. Ако је неспособност враћања кредита наступила услед смрти или трајне радне способности, осигуравач исплаћује остатак дуга из уговора о кредиту, према плану отплате кредита. То значи да осигуравач исплаћује не само главницу, већ и камате, што би требало да доведе до брисања кредита. Ако је, међутим, неспособност враћања кредита наступила као последица привремене неспособности за рад или отказа радног односа, осигуравач исплаћује само одређени број рата кредита. Тако се у условима осигурања срећу следеће одредбе: 1) до 12 месечних ануитета за поједини случај, а укупно 24 ануитета за све време трајања уговора; односно 2) до шест месечних ануитета за поједини случај, а највише 18 ануитета за све време важења уговора. Дакле, у другом случају, исплата накнаде из осигурања нема за последицу брисање дуга кредита према кориснику кредита. Он остаје у обавези, упркос плаћања премије осигурања.

7. ОБАВЕЗЕ УГОВАРАЧА ОСИГУРАЊА/ОСИГУРАНИКА

7.1. Пријављивање околности од значаја за оцену ризика

Уговарач осигурања је у нашем праву дужан да пријави осигуравачу приликом закључења уговора *све околности* које су од значаја за оцену ризика, а које су му познате или му нису могле остати непознате.[45] Поставља се питање које су околности релевантне за оце-

[44] Наташа Петровић Томић, „Заштита осигураника појединца и Преднацрт Грађанског законика Србије – Колико смо далеко од европског нивоа заштите потрошача услуга осигурања?“, *Право и привреда* 4–6/2015b, 605–627.

[45] Закон облигационим односима, чл. 907.

ну ризика у осигурању способности враћања кредита. Из анализе доступних услова осигурања уочава се да осигуравачи условљавају деловање покрића испуњењем одређених услова на страни осигураника, како у тренутку закључења уговора о осигурању, тако и у тренутку закључења уговора о кредиту. Те околности се могу поделити у две групе: прву групу чине околности које се тичу здравственог стања осигураника, а другу групу оне које се тичу радног односа.[46] Приступањем уговору који су закључили банка и осигуравач, корисник кредита потврђује испуњеност тих услова. Те околности се не проверавају приликом закључења уговора. Претпоставља се да су истинито и тачно пријављене. Али, ако се у поступку обраде одштетног захтева испостави да стварно здравствено стање или радни однос нису у складу са изјавом о приступању, не постоји обавеза осигуравача према њему.[47] Без обзира на то да ли их је осигураник био савестан!

Таква пракса домаћих осигуравача заслужује критику. Она је не само противна интересима осигураника већ је и строго забрањена у области права заштите потрошача.[48] Од потрошача услуга осигурања не може се очекивати да даје изјаве о стварима које недовољно разуме или изјаве чије правне консеквенце не може да сагледа. Кон-

[46] Из објашњења која се достављају уз изјаву о приступању произлази да је реч о следећим околностима: 1) да је осигураник старији од 18 година; 2) да се осећа здравим и да није под медицинским третманом или надзором; 3) да је разлика између телесне висине у центиметрима и тежине у килограмима између 80 и 120; 4) да у последње три године није био под медицинским третманом (изузета су мања обољења попут грипа, као и трудноћа и слично); 5) да у последњих пет година није био или није морао бити хоспитализован, да није имао заразне болести, да није хронични болесник, да нема статус инвалида; 6) да није на боловању; 7) да није на пробном раду; 8) да нема никаквих индиција или сазнања да ће му послодавац отказати уговор о раду; 9) да није био привремено неспособан за рад дуже од 30 дана узастопно у протекле три године; 10) да је према Закону о раду запослен на неодређено време током последњих 12 месеци, те да не постоје околности које би упућивале на то да ће с послодавцем закључити споразумни раскид радног односа или да ће послодавац отказати уговор о раду.

[47] Лорис Беланић, 74.

[48] Наиме, у Великој Британији је 1. априла 2013. године ступио на снагу нови Закон о потрошачким осигурањима (Consumer Insurance [Disclosure and Representations] Act 2012), којим је укинута дотадашња пракса. Са становишта повећања заштите потрошача услуга осигурања посебно је значајна новина укидање дотадашњег правила да осигуравач у уговор може унети одредбу којом осигураник гарантује да су одговори на питања из формулара тачни или да они чине тзв. основу уговора. Таквом одредбом су осигуравачи могли да представљање ризика од осигураника искористе као средство за неизвршење обавеза по основу уговора о осигурању. Будући да је просечан потрошач услуга осигурања нестручан и да се не може рачунати на његова знања из области осигурања, он не може бити гарант тачности околности значајних за оцену ризика. Вид. Peter J. Tyldesley, *Consumer Insurance Law: Disclosure, Representation and Basis of the Insurance Contract Clauses*, Bloomsbury Professional, 2013, 395.

кретно, корисник потрошачког кредита – коме се намеће осигурање способности враћања кредита и који нема увид у услове осигурања пре потписивања изјаве о приступању групном уговору – вапи за заштитом. Дакле, сматрамо да поменуте околности представљају пример јемства осигураника, које се среће код транспортних осигурања, а не клаузуле о искљученим штетама.[49] Таквом клаузулом се на осигураника пребацује непримерени терет, коме он као потрошач финансијских услуга није дорастао. Такође, клаузула која прописује санкцију губитка права из осигурања заслужује критику и искључење из услова осигурања. Она је пример клаузуле којом се нарушава уговорна равнотежа на штету осигураника, због чега се у правима држава чланица ЕУ квалификује као неправична и ништава.[50]

7.2. Плаћање премије осигурања

Чисто правно посматрано, дужник премије осигурања је осигураник, то јест корисник кредита. Сам механизам плаћања премије може бити двострук. Једна је варијанта да премију плаћа сам осигураник, из сопствених средстава (што се ређе среће). Друга, у нашој пракси чешћа варијанта, јесте да се премија плаћа из средстава кредита. То практично значи да трошкови премије осигурања улазе у рату кредита.[51] Изјава о приступању групном осигурању по правилу прецизира износ премије и начин њеног плаћања. Што је најзначајније за оцену положаја осигураника, њему се уопште не пружа могућност да из сопствених средстава плаћа премију већ га осигуравач кредитира и за износ премије осигурања.[52] Тиме се, неприметно, повећава износ кредита који он узима од банке. Такав начин обрачуна и исплате премије осигурања одговара банци и осигуравачу, а не кориснику финансијских услуга.[53] Осигуравач, коме је банка унаред исплатила цео износ премије, не страхује да ли ће моћи да је наплати од осигураника за случај његове инсолвентности. Банка, која је унапред исплатила премију осигурања, односно кредитирала њену исплату, моћи ће током целог периода отплате кредита да наплаћује и камату на износ одобреног кредитирања премије осигурања.

---

49 Детаљније о том институту у англосаксонском праву: Наташа Петровић Томић, *Осигурање робе у међународном поморском превозу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 165–169.

50 Детаљније о правној судбини неправичних клаузула општих услова осигурања: Наташа Петровић Томић (2015а), 361–363.

51 Иначе, висина премија осигурања способности враћања кредита зависи од више фактора: од опсега покрића, трајања осигурања, укупног дуга корисника кредита на основу уговора о кредиту, година осигураника у тренутку приступања уговору о осигурању итд. Вид. Tim Gessner, 48–51.

52 *Ibid*., 33, 35.

53 *Ibid*., 36.

7.3. Пријава осигураног случаја

У осигурању способности враћања кредита ствари стоје другачије од онога што је уобичајено за пријављивање осигураног случаја. Обавезу, наиме, има не само корисник кредита, то јест осигураник, већ и банка уговарач осигурања. Такође, настанак осигураног случаја може пријавити и било које треће лице које има интерес, као што су наследници осигураника у случају његове смрти. Лице које подноси пријаву мора доставити одговарајућу документацију, која се у случају осигурања способности враћања кредита може поделити у три групе: 1) она која се односи на уговор о осигурању; 2) она која се односи на уговор о кредиту и 3) она која се тиче личности осигураника.

Лице које подноси пријаву требало би, дакле, да достави следећу документацију: приступницу уговору о осигурању, уговор о кредиту, укључујући и план отплате кредита. То је документација која се подноси у сваком случају. Ако је обавеза осигуравача настала услед смрти осигураника, онај ко подноси пријаву дужан је да достави и релевантну медицинску документацију из које се може закључити да је смрт као осигурани ризик наступила онако како овлашћени подносилац пријаве тврди. У случају привремене неспособности за рад изазване несрећним случајем или повредом осигураника, осигуравачу треба доставити следећу документацију: доказ о околностима настанка осигураног случаја, медицинску документацију која садржи налаз лекара који лечи осигураника, налаз лекара о висини и врсти повреде, податке о евентуалним повредама, телесним недостацима и манама које је осигураник имао пре наступања несрећног случаја. Осигуравач, такође, захтева од осигураника да му редовно доставља налаз о привременој неспособности за рад. Она из угла осигуравача представља доказ да привремена неспособност и даље постоји и да је он у обавези да плаћа накнаду из осигурања.

Ако је наступио престанак радног односа као осигурани случај, заинтересовано лице треба да достави: писмени отказ уговора о раду, радну књижицу, доказ о томе да је осигураник поднео захтев за заштиту права из радног односа. Да би остваривао право на накнаду из осигурања, осигураник мора да доставља осигуравачу сваког месеца потврду о незапослености коју издаје Завод за запошљавање.

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – КРИТИЧКА АНАЛИЗА И ПРЕДЛОЗИ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ЗАШТИТЕ ОСИГУРАНИКА

Уговор о осигурању способности враћања кредита, као што сугерише његов назив, требало би да представља вид осигуравајућег

покрића који штити интересе осигураника, односно корисника кредита. Међутим, у пракси није тако. То осигурање се претворило у механизам заштите интереса банака. Њиме се првенствено штите потраживања банака према корисницима потрошачких кредита. Оне се, другим речима, врло ефикасно штите за случај банкрота корисника кредита, док се о интересима самих корисника (осигураника) мање води рачуна. Наиме, настанком осигураног случаја који доводи до трајне или привремене неспособности враћања рате кредита настаје обавеза банке да врати остатак кредита или да уместо корисника кредита исплаћује доспеле рате. Међутим, тиме се не поправља његова финансијска ситуација. Он и даље остаје без икакве помоћи осигуравача у ситуацији потпуног или делимичног смањења или чак губитка прихода. Тако осигураник може остати у врло незавидној ситуацији, без могућности задовољења елементарних потреба за станом и храном, а то се неће одражавати на његове обавезе према банци даваоцу кредита. Због тога се у страној теорији осигурање способности враћања кредита критикује и као неморалан банкарски и осигуравајући посао.[54] Савези потрошача указују на то да је тај вид осигуравајуће заштите врло скуп за примаоце потрошачких кредита, да их поскупљује, а да је заштита коју им пружа минимална.[55] Такође, масовност потрошачких кредита утиче на масовност осигуравајуће заштите која прати тај изузетно значајан банкарски посао, што додатно утиче на тангираност права заштите потрошача.

Наиме, два обележја тог уговора чине да право заштите потрошача мора бити „умешано“ у „причу“ о његовој допуштености: принудни карактер, то јест наметање потрошачу потрошачког кредита тог вида осигуравајуће заштите и непостојање базичних инструмената његове заштите.[56] Затим, банка уговарач осигурања по правилу има закључен уговор о сарадњи само са једним осигуравачем. Како је тај осигуравач неретко део групе друштава којој и банка припада, јасно је да је конкуренција потпуно елиминисана.[57] Премије осигурања се, дакле, одређују сходно интересу групе друштава, док се интерес осигураника нимало не уважава. Сматрамо да су то највећи концепцијски недостаци осигурања способности враћања кредита.

[54] *Ibid*., 15.

[55] *Ibid*., 15.

[56] Наглашавам да принудни карактер тог осигурања не произлази из законских прописа (као што је случај са обавезним осигурањима!) већ из уговорног односа закљученог са професионалцем из банкарског сектора! – Udo Reifner, „Die Sittenwidrigkeit von Konsumratenkrediten nach der höchstlichtichen Rechtsprechung“, *DB* 1984, 2178.

[57] Tim Gessner, 22, 27.

Такође, има аутора који примећују да је и начин плаћања премије осигурања противан интересима осигураника. Њима би много лакше било да се премија плаћа месечно, него да се унапред плати износ премије према томе на који рок је закључен уговор о кредиту. Из угла заштите интереса осигураника врло је проблематична потреба да се део премија третира као штедни улог.[58]

Имајући у виду бројне критике упућене постојећем облику осигурања способности враћања кредита, сматрамо да је за развој тог модалитета осигуравајућег покрића у нашем праву корисно да укратко објаснимо упоредноправна искуства. Наиме, у упоредном праву постоји неколико варијанти осигуравајућег покрића који имају исту циљну функцију, али који су много повољнији по осигураника. Издвајамо два модалитета осиигурања.

Прво, *уговор о осигурању способности плаћања (ликвидности)*. У питању је осигурање настало крајем XX века у Америци (енг. *Payment Protection Insurance*). Реч је о осигурању којим се штити општа ликвидна способност осигураника, а не само способност враћања кредита. Њиме се, заправо, гарантује *плаћање било које новчане обавезе осигураника* у ситуацији смањења ликвидности осигураника или њеног губитка. Предмет осигурања је, дакле, осигурање платежне способности осигураника. Уговором о осигурању платежне способности осигураника обавезује се осигуравач да плаћа новчане обавезе осигураника у обиму одређеном уговором о осигурању када осигураник није у стању да то чини из сопствених средстава, а осигураник се обавезује да плаћа премију осигурања.

Тај вид осигуравајућег покрића је шири од осигурања способности враћања кредита и у том смислу повољнији по осигураника. Њиме се обезбеђује сигурност плаћања било које новчане обавезе која доспева једном месечно, у тачно одређеном термину. Тако постављено покриће не искључује и постојање обавезе осигуравача да у одређеним роковима плаћа и рате кредита осигураника. Оно се првенствено односи на плаћање новчаних обавеза, попут рачуна за струју, комуналија, телефона, закупнине за стан итд. Новчане обавезе се исплаћују директно повериоцима периодичних потраживања.

Ризици покривени осигурањем платежне способности исти су као у осигурању способности враћања кредита: губитак посла, губитак радне способности због несрећног случаја; док је ризик смрти обухваћен покрићем само ако су месечни износи које треба платити већи (на пример, обавезе из уговора о кредиту, најму стана). Што се тиче трајања покрића, оно је повезано са трајањем новчане обавезе која доспева узастопно сваког месеца.

[58] Вид. Лорис Беланић, 77.

Друго, *уговор о осигурању способности враћања кредита са штедном компонентом.* У питању је идеја, то јест концепт из немачке теорије, који још увек није заживео у пракси (нем. *Kapitalkreditversicherung*). Немачки теоретичари предлажу да се у уговор о осигурању способности враћања кредита унесе и штедна компонента по угледу на осигурање живота.[59] Предлог је да се из дела уплаћених премија издвоји штедни део, чија би функција била стварање фонда који може послужити за подмирење обавеза, то јест за исплату рата у случају настанка осигураног случаја, односно ако не би дошло до настанка осигураног случаја, та би се средства исплатила осигуранику увећана за камату. Тиме би се осигуранику омогућило да средства инвестирана у премију осигурања способности враћања кредита у сваком случају искористи. Да ли ће то бити за исплату накнаде из осигурања или за исплату штедне компоненте, зависиће од тога да ли ће настати осигурани случај.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Беланић, Лорис, „Уговор о осигурању способности враћања кредита према условима осигурања хрватских друштава за осигурање, критика и приједлози реформе у поредбеном праву“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2012. (Belanić, Loris, „Ugovor o osiguranju sposobnosti vraćanja kredita prema uslovima osiguranja hrvatskih društava za osiguranje, kritika i prijedlozi reforme u poredbenom pravu“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2012)

Freitag, Robert, „Verbraucherdarlehens– und Restschuldversicherungsvertrag als verbundene Geschäfte“, *ZIP* 2009.

Gessner, Tim, *Die rechtiche Grenzen für restschuldversicherte Verbraucherdarlehensverträge*, Nomos, Baden-Baden 2010.

Goldie-Genicon, Charlotte, „L'assurance de groupe á l'épreuve de la législation sur les clauses abusives“, Recueil Dalloz, 2008

Grauschopf, Jürgen, „Kreditversicherung“, *Der Versicherungsprozess*, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Jürgen Veith, Jürgen Gräfe (hrsg.), Verlag C. H. Beck, München 2010.

Hermann, Harald, „Kredit– und Kautionsversicherung“ *Versicherungsrechts– Handbuch* (hrsg. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

José Riestra Amparo San, *Credit Insurance in Europe, Impact, Measurement & Policy Recommendations*, Centre for European Policy Studies, Brussels 2003.

[59] Kai-Oliver Knops, 1459.

Knobloch, Michael, *Der Markt der Restschuldversicherungen in Deutschland,* VuR, 2008

Knops, Kai-Oliver, „Restschuldversicherung im Verbraucherkredit“, *Versicherungsrecht*, Heft 31, 2006.

Kullmann, Jérôme, „Les mécanismes juridiques fondamanteaux des assurances collectives“, *RGDA* 3/1998.

Mayaux, Luc, „Les assurances collectives“, *Les assurances de personnes*, Tome 4 (ed. Jean Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux), L. G. D. J, Paris 2011.

Müllbert, Peter O., Wilhelm, Alexander, *Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung*, *WM* 2009.

Pällmann, Klaus, *Die Restschuldversicherung beim Konzumentenraten-kredit – Eine rechtstatsächliche und zivilrechtliche Untersuchung*, Dissertation, Bremen 1985.

Петровић Томић, Наташа, „Заштита осигураника појединца и Преднацрт Грађанског законика Србије – Колико смо далеко од европског нивоа заштите потрошача услуга осигурања?“, *Право и привреда* 4–6/2015b. (Petrović Tomić, Nataša, „Zaštita osiguranika pojedinca i Prednacrt Građanskog zakonika Srbije – Koliko smo daleko od evropskog nivoa zaštite potrošača usluga osiguranja?“, *Pravo i privreda* 4–6/2015b)

Петровић Томић, Наташа, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира,* Правни факултет, Београд 2015a. (Petrović Tomić, Nataša, *Zaštita potrošača usluga osiguranja – Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet, Beograd 2015a)

Петровић Томић, Наташа, *Осигурање робе у међународном поморском превозу*, Правни факултет, Београд 2009. (Petrović Tomić, Nataša, *Osiguranje robe u međunarodnom pomorskom prevozu*, Pravni fakultet, Beograd 2009)

Reifner, Udo, „Die Sittenwidrigkeit von Konsumratenkrediten nach der höchstlichtichen Rechtsprechung“, *DB* 1984.

Reifner, Udo, Knobloch, Michael, Knops, Kai-Oliver, *Restschuld-versicherung und Liquiditätssicherung*, Insititut für Finanzdienst-leistungen e V., Hamburg 2010.

Schulz, Harold, Stegmann, Volker, Uffmann, Jürgen, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen versichern*, Fritz Knapp Verlag, Frank-furt am Mein 2007

Tyldesley, Peter J, *Consumer Insurance Law: Disclosure, Representation and Basis of the Insurance Contract Clauses*, Bloomsbury Pro-fessional 2013.

Nataša Petrović Tomić, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONTRACT OF PAYMENT PROTECTION INSURANCE

Summary

Although fairly widespread in the practise of domestic banks, payment protection insurance represents something very unknown to the average consumer of financial services. Author intends to explain mechanism of mentioned product of insurance with emphasis on potential negative effects notices in the practice of insurance. Since the author gives enough arguments in favour of the statement that credit consumer is vulnerable consumer she proposes the introduction of saving component in payment protection insurance which covers death of the insured person. The point is to harmonize our law with comparative law. In order to secure better protection of insured it is recommended to expand insurance coverage.

Author concludes that payment protection insurance currently represents highly risky transaction in Serbian practice of insurance, concluded contrary to the interests of insured. It is necessary to revise the general conditions of insurance of domestic insurers as well as oblige banks to meet legal obligations, especially the duty to inform insured.

Key words: *Consumer credit. – Payment. – Payment protection insurance. – Consumer Protection.*

Article history:
Received: 28. 10. 2016.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 328.123(497.11)

CERIF: S148, S170

Др Слободан П. Орловић[*]

УСТАВ СРБИЈЕ И ПРАВА ОПОЗИЦИЈЕ

Политичка опозиција организована, пре свега, путем политичких странака услов је постојања демократског политичког система. Посебну пажњу треба обратити на гарантовање њеног положаја у државама у којима је обновљено или тек започето вишестраначје. Та гаранција значи да се правима и правним механизмима штити положај опозиционих политичких странака и омогућавају једнак правни третман и стварна равноправност са странкама на власти. То подразумева уставна, законска и подзаконска права и поступке путем којих делује опозиција.

У Републици Србији је управо наведеним редоследом прописа изграђен уставноправни положај опозиције. Опозиционе политичке странке имају равноправан правни статус и, сходно томе, могућност да критикују, контролишу и замене власт на изборима. Ипак, реално низак ниво политичке културе, недостатак доследне политичке идеологије, спремност на сваковрсне коалиције, инфериорност у недовољно развијеном јавном мњењу чине да политичка опозиција има нешто лошији стварни положај у односу на власт.

Кључне речи: *Политичке странке. – Опозиција. – Устав Србије. – Парламент. – Заштита мањине.*

1. УОПШТЕ О ОПОЗИЦИЈИ

Опозиција (лат. *opposition* – супротност, супротстављеност) веома је широк појам и као такав неподесан за једноставно и свеобухватно дефинисање. Предмет овог рада је *опозиција у ужем значењу*, као политичка и, још уже, институционализована и страначка опозиција.[1] Политичка, односно страначка опозиција важан је

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *sorlovic@pf.uns.ac.rs*

[1] „Успон јавног мњења у XVIII и ширење представничке основе парламента изборним реформама у прошлом веку (XIX век – нап. С. О.) подстакло је појаву

предмет интересовања уставног права. Ређе је садржина устава, већ се њен уставноправни положај изводи из права којима политичка мањина може да се користи – различити предлози и иницијативе. Примери изричитог конституционализовања (уношења у устав) опозиције су Малта, где се опширно говори о лидеру опозиције кога поставља председник Републике, и Португал, где се у Уставу уређују права политичке мањине и странка опозиције и где постоји посебан закон о опозицији. У Уставу Француске се, на пример, помињу политичке групе.[2] Устави иначе нису монолитни када је у питању конституционализовање одредаба којима се начелно уређује положај политичких странака и признаје њихова улога у уставном поретку, већ иду од прећуткивања до истицања значаја политичких странака.[3]

Под политичком опозицијом подразумевамо чиниоце који имају и изражавају политичке ставове, а нису на власти. То су у првом реду опозиционе политичке странке и друге организације и удружења, све до појединаца који, макар и повремено, политички делују. Та мишљења су другачија од оних које има владајућа странка (странке), како у појединим, тако и у општим питањима. Она се испољавају у форми критике конкретне радње коју власт обавља, па све до идеолошке критике политичког система: на пример, нуђењем

институционализоване опозиције и организованих политичких партија у енглеском парламенту у прошлом веку." – Vojislav Koštunica, *Institucionalizovana opozicija u političkom sistemu kapitalizma*, doktorska disertacija, Beograd 1974, 75. Опозиција у институционализованом облику делује кроз политичке странке. Она је легитимна и једна од најважнијих институција политичког система капитализма која располаже правом изражавања политичког мишљења, организовања, удруживања. Вид. *ibid.*, 18–22, 340.

[2] Устав Републике Малте од 1954, чл. 90, *http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument. aspx?app=lom&itemid=8566*, 17. новембар 2016; Устав Републике Португала од 1976, чл. 114, *https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf*; Устав Француске Републике од 1958. чл. 51–1, *http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html*.

[3] Тако се разликују три групе устава: мањинска група устава који не садрже одредбе о политичким странкама, али имају развијено законодавство о њиховом раду и финансирању (неписани устав Уједињеног Краљевства, Устав Краљевине Данске од 1953, Устав Републике Исланд од 1944, Устав Републике Ирске од 1937, Устав Краљевине Белгије од 1831. (1994), Устав Краљевине Холандије од 1815. (1983); другу групу чине устави који прећутно признају постојање политичких странака (Устав Републике Финске од 2000, Устав Краљевине Шведске – некодификован, Устав Краљевине Норвешке од 1814) и устави који то чине изричито (Устав Републике Словеније од 1991, устави Чешке Републике, Републике Словачке, Литванске Републике, Републике Естоније од 1992); трећа група су устави који изричито признају значајну улогу политичким странкама (Основни закон СР Немачке од 1949, Устав Републике Италије од 1947, Устав Француске Републике од 1958, Устав Краљевине Шпаније од 1978, Устав Мађарске од 2011, Устав Републике Пољске од 1997, Устав Краљевине Португала од 1976, Устав Швајцарске Конфедерације од 1999). – Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, Београд 2014, 163–164. Текстове устава вид. *http://www.servat.unibe.ch/icl/*, 20. новембар 2016.

алтернативног система капитализму. Конкретна опозициона критика је уједно – уколико је утемељена и конструктивна – предлог решења одређеног проблема, али другачији од решења које даје власт. Отуда је по опозицију пожељно да критика садржи предлоге јер се тако у јавном мњењу ствара слика о корисности и знању опозиције.[4] Уз то, на тај начин она показује спремност да у сваком моменту замени владајућу странку. Мада и сама негаторска критика, без конкретног предлога, представља алтернативу ономе што власт (влада) ради јер ћутање опозиције може бити врста одобравања (ако се не критикују законске одредбе, значи да је закон ваљан и да га не треба мењати). Та критика, односно право организоване опозиције да апелује на гласање против владе на изборима и у парламенту, један је од камена темељаца у развоју демократских институција.[5]

Политичкој опозицији у демократским државама су заједнички правно признање и заштита. Остале карактеристике положаја опозиције зависе од типа политичког система[6] и многих других друштвених услова: политичке традиције, културе, бројности политичких странака, величине и богатства државе. Ипак, суштина и смисао опозиције су у самој идеји, а не у конкретним облицима и примерима опозиције. Та идеја је право на јавну критику власти и на „мирне облике утицања и убеђивања носилаца власти и јавног мњења у исправност алтернативних програма и политике“.[7]

У правним прописима постоје *норме које се тичу положаја опозиције*.[8] Налазимо их у уставу, законима и подзаконским актима.

[4] Енглески кабинетски систем, тврдио је Беџхот (*Bagehot*), образује нацију (за разлику од председничког). Опозиција „њеног Височанства, и због таквог 'званичног' положаја, труди се да критикује владу аргументовано, на нивоу. Парламентарна расправа је висока дебатна позорница у којој учествују еминентни државници, а расправа о разним политичким комбинацијама је најбољи начин за покретање, оживљавање и образовање народа. Овај систем ствара људе жељне говора и даје им прилику да говоре. – Walter Bagehot, *The English Constitution*, London 1963, 17.

[5] Robert A. Dahl, *Political Opposition in Western Democracies* (ed. R. A. Dahl), London 1966, XIII.

[6] Тако се положај политичке опозиције разликује у: систему парламентарно оријентисане опозиције која нема право вета нити делимично учествује у вршењу власти (Уједињено Краљевство), систему парламентарно оријентисане опозиције која има снажно право вета и делимично учествује у вршењу власти (Немачка), парламентарно-председничком моделу политичке опозиције (Француска), моделу политичке опозиције у подели власти (САД), моделу опозиције у непосредној демократији (Швајцарска). – Ludger Helms, „Five ways of institutionalizing political opposition: lessons from the advanced democracies“, *Government and Opposition*,39, 1/2004, 25,

[7] V. Koštunica, 342.

[8] Те норме се према субјектима могу поделити у четири групе: права појединачних посланика (да гласа, расправља, пита, иницира, предлаже), права

Оне су у одређеном материјалном или процесном праву (механизму) које има опозиција – право на организовање и удруживање, на учешће у изборима, покретање поступка смене владе, претходна оцена уставности закона, све до техничких правила у подзаконским прописима о изборима којима се прокламована права конкретно реализују – на пример, број представника опозиције у изборним телима. Питање изборног система – већински или пропорционални, такође се доводило у везу са правом и заштитом опозиције. У том смислу, фаворизован је пропорционални систем у односу на већински јер тачније, а тиме и поштеније, омогућава да опозиционе странке имају своје представнике у парламенту, сходно добијеним гласовима. Али, колико год да је тачно математички представљена у парламенту, то је за опозицију недовољно јер парламент одлучује већином. „И зато би могло изгледати скоро равнодушно да ли је нека мањина заступљена више или мање ако напослетку ипак побеђује воља већине. Међутим, ако не правно, ипак је психолошки од највећег значаја да је мањина заступљена поред већине и да је заступљена што снажније. То не може оспорити нико ко води рачуна о значајном утицају који од неке снажне мањине зрачи на одлуке већине. Што је постојанија критика, што је свеснија циља опозиција која полази од мањине, то одлуке већине више добијају карактер *компромиса*. А управо компромис карактерише политику демократије.“[9]

Теорија и право у савременим политичким системима у великој већини признају улогу опозиције.[10] Она је нужна јер једна политич-

политичких партија и њихових парламентарних група (као и код посланика, уз председавање и учешће у одборима, руководству парламента, дуже време за расправу), права квалификоване политичке мањине (једна трећина посланика у Норвешкој или једна четвртина у Немачкој може да иницира истраге против владе) и карактеристике опозиције које граде њен укупан статус (колико политичка мањина има права, да ли је опозиција уставна категорија и др.). – European Commission for Democracy through Law (Венецијанска комисија), *Report on the Role of the Opposition in a Democratic Parliament* (by A. Nussberger, E. Özbudun, F. Sejersted), Study no. 497/2008, 12–19, *http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile =CDL-AD(2010)025-e*, 17. новембар 2016. године.

9 Ханс Келзен (*Kelsen*), *О суштини и вредности демократије* (прев. Д. Н. Баста), Београд 2005, 22. Беџхот на основу понашања два највећа политичка оратора раније Енглеске (XVII, XIX век), лорда Бруема (*Brougham*, виговац) и лорда Болингброка (*Bolingbroke*, торијевац), даје слику стварног домета критике у Парламенту. Лорд Болингброк је вероватно знао шта је радио; био је постојана опозиција већини у Дому Комуна; желео је да их напада по најважнијим питањима. Али лорд Бруем није знао; предлагао је амандмане чије би усвајање елиминисало основно правило које парламентарну владу чини могућом – правило већине. – W. Bagehot, 124.

10 „У сваком друштву које је слободно и које доноси одлуке морају постојати (...) опозиционе странке (...).“ – William H. Riker, *Democracy in the United States*, New York 1953, према: Stjepan Pulišelić, *Političke stranke kao faktor suvremenog političkog sistema*, Zagreb 1971, 332.

ка странка није, нити може бити, исто што и држава у политичком смислу. Политичка партија (странка) не заступа све него некога, део друштва (енг. *part* – део). Отуда је природно да у држави постоји више странака (трипартизам, квадрипартизам, полипартизам), а најмање две. Једна политичка странка у режиму политичких слобода не може да окупи и сажме све интересе и идеје. То значи да је једностраначки (монопартијски) систем противречан самом појму „партија" (странка) који подразумева парцијалност.[11] Иако су постојали монопартијски режими, а неке државе их имају и данас, њихов стварни разлог (каyза) јесте контрола мишљења, а не демократско сукобљавање различитих ставова. Једностраначје је ограничење политичких права које се прикрива иза парола или идеологије. Тако су противници странака у времену Француске буржоаске револуције (1789–1799, Робеспјер, Сен Жист, јакобинци) сматрали да је читав народ једна странка и да је сама нација против постојања других, непотребних странака које би је делиле и подривале.[12] Једностраначки систем је касније наметнут и прихваћен у бољшевичкој Русији (1922), а данас постоји, између осталог, у Кини. Он прокламује колективне политичке слободе, што значи и слободу политичког удруживања, чега у реалности нема.[13]

2. ОПОЗИЦИЈА У УСТАВУ СРБИЈЕ

Већ на почетку Устава Републике Србије од 2006. (чл. 2) говори се о томе да „сувереност потиче од грађана који је врше (...) и преко својих слободно изабраних представника". Ти представници су, захваљујући каснијим уставним одредбама и изборном систему, изабрани и из редова опозиционих политичких странака. То значи да и опозициони народни посланици заступају и остварују суверену власт која је у рукама грађана Србије. Оно што Устав даље уређује а тиче се спутавања (забране) могућности да се одузме или ограничи сувереност грађанима односи се и на опозиционе политичке странке. Тако, ни опозициона „политичка организација (...) не може

[11] Јединствена партија (фр. *le parti unique*) представља контрадикцију сама по себи. Само постојање барем једне супарничке групе чини политичку странку реалном. – Sigmund Neumann, *Party Government*, New York, према: S. Pulišelić, 92.

[12] Као чиниоце друштвених подела политичке странке су критиковали и Русо, Хегел, Бентам, Мил, Гизо, Вашингтон, Медисон. – Радомир Д. Лукић, *Политичке странке*, Београд 1995, 243.

[13] Једностраначки систем се покушавао везати и за друштвену (политичку) хомогеност. Тако је друштво са две странке хомогеније од оних у којем их има више од две. Отуда би друштво са само једном странком било најхомогеније јер у њему нестају друштвене класе уопште. – Вид. *ibid*., 178–179.

присвојити сувереност од грађана, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана" (чл. 2, ст. 2).[14]

У првом делу Устава посебан члан је посвећен политичким странкама (чл. 5). У њему се „јемчи и признаје" улога странака у „демократском обликовању воље грађана". То обликовање би могло да значи да Устав признаје све политичке странке које се залажу за демократско уређење и пропагирају грађанима вредности таквог поретка. Опозициона политичка странка која би тежила недемократском (ауторитативном, тоталитарном) поретку била би „непризната" од Устава. То је и прво ограничење уставне одредбе да је „оснивање политичких странака слободно" (чл. 5, ст. 2).

Друго ограничење налазимо у наредном ставу који се тиче недопуштености „деловања" политичких странака. То се односи на политичке странке које делују са циљем „насилног рушења уставног поретка" – природно, то могу бити само опозиционе странке; „кршења зајемчених људских или мањинских права или изазивања расне, националне или верске мржње" – то се тиче и опозиционих и странака на власти. Устав се овде усредсређује на само деловање, праксу, рад, а не на питање да ли се политичке странке које имају такве циљеве могу формално основати, регистровати. С обзиром на то да је реч о страначком „деловању", то уставно ограничење би обухватило и неинституционализоване (нерегистриоване) опозиционе странке, удружења, покрете. Последњи (четврти) став тог члана односи се, пак, само на владајућу странку (странку), којој је забрањено, односно која не може „непосредно вршити власт, нити је потчинити себи". Забрана се, у ствари, тиче успостављања паралелне страначке структуре која би била пандан организацији власти заснованој на Уставу и као таква практично супституисала (заменила) органе, превасходно, извршне власти.[15]

2.1. Уставна права и политичке странке

Најважнија људска права и слободе које се тичу политичких странака су слобода удруживања и изборно право (чл. 55 и 52 Устава). Слобода удруживања односи се на право оснивања и политичких странака и других удружења, струковних, синдикалних. Оснивање

[14] Од новијих устава сличну одредбу садржи Устав Мађарске од 2011 (чл. VIII), доступно на: *https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf*, 20. новембар 2016. године.

[15] То је ситуација у којој би се одлуке о државној политици стварно доносиле у политичкој странци (на њеној адреси, од њених органа), а не у влади. Али, за разлику од „недопуштеног деловања" из чл. 5, ст. 3 Устава, то „преузимање" власти није разлог да Уставни суд забрани рад политичке странке (вид. Закон о политичким странкама, чл. 37, *Службени гласник РС*, бр. 36/09 и 61/15 – одлука УС).

политичких странака је слободно, „без претходног одобрења, уз упис у регистар који води државни орган (...).“[16] Забрањено је постојање „тајних и паравојних удружења“. Та забрана се тиче њиховог рада, а не званичног оснивања јер нешто што је тајно не може бити истовремено и јавно, односно регистровано. Ни нижим прописима није прецизирано које би организације биле забрањене због тајног рада (конспиративна завереничка друштва)[17], док је појам „паравојног“, дакле наоружаног удружења ипак донекле прецизиран законом.[18] Логично је да ако би, замисливо у ограниченом трајању, постојала тајна и паравојна удружења или политичке странке, они би могли бити само опозициони.[19] И следећа норма чл. 55 (ст. 4) тиче се, превасходно, опозиције: „Уставни суд може забранити само оно удружење чије је деловање усмерено на насилно рушење уставног поретка (...).“ Владајућа странка, и ако би рушила поредак, не би то чинила насилно (силом против себе саме), већ променом устава или проширењем и узурпацијом овлашћења. Наставак тог разлога забране може се тицати и владајуће политичке странке: „кршење зајемчених људских и мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње“. Коначно, у складу са начелом поделе власти, Устав не даје слободу политичког удруживања свим пунолетним држављанима, већ искључује припаднике неких грана власти и професија: судије, јавне тужиоце, судије Уставног суда (одлучују о забрани рада политичке странке, чл. 167), припаднике војске и полиције и заштитника грађана. Тиме се штити начело поделе власти, избегава сукоб интереса и злоупотреба моћи.

---

[16] Значи да нема могућности да надлежни орган дискреционо одлучује (одобриће или не) ако су испуњени прописани услови за оснивање политичке странке. Ипак, формалан услов од 10.000 оверених потписа бирача потребних за оснивање политичке странке (за политичке странке националних мањина потребно је 1.000 потписа) стварно сужава слободно оснивање странака, речима Устава: оснивање „без претходног одобрења“.

[17] Да ли се то односи само на политичке тајне организације чији је циљ борба за власт или и на друга удружења чији је рад (бар у једном делу) конспиративан – масонска братства, на пример, чији циљ није, бар не у првом реду, освајање власти.

[18] Због монопола силе који ужива држава, било какве друге организације не би могле бити наоружане осим ако то држава дозволи. Тако је са разним агенцијама (правним лицима и предузетницима) које се региструју и пружају услуге физичког и техничког обезбеђења (Закон о физичком и техничком обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 104/13 и 42/15), а опремљене су оружјем.

[19] Радомир Лукић говори о „оружаним организацијама“ које су створене од опозиционих политичких странака, а не о самим паравојним странкама. Циљ тих организација је оружана заштита странке од власти и од других странака или оружана борба ради свргавања власти. Међутим, после доласка странке на власт она улази у сукоб са својом оружаном организацијом (пример „јуришних одреда“ у Хитлеровој странци). – Р. Д. Лукић, 86–87.

Изборно право је предуслов без кога уопште не могу постојати политичке странке у демократском режиму. Цео политички систем представничке (посредне) демократије заснован је на изборима народних представника у парламент, а политичке странке су његов неизоставни део.

Нека друга људска права и слободе су у посредној вези са правом на политичко организовање, било као услов приликом оснивања политичке странке, било као право које омогућује њен живот. У прву групу ушло би право на правну личност (Устав, чл. 37) које подразумева да оснивач и члан странке може бити само пунолетно и пословно способно лице. Овде спада и право на држављанство (чл. 38) које је такође услов за оснивача и члана странке јер странци немају политичка права. Уставне предуслове за деловање како чланства, тако и саме странке као политичког субјекта, налазимо у слободама: кретања, мишљења са изражавањем мишљења и медија (штампе) (чл. 39, 46 и 50). Слобода штампе се убраја у основне политичке слободе, чак јој се даје водеће место за остварење осталих политичких права. Не треба посебно образлагати нужност слободе кретања и изражавања мишљења за свеобухватно страначко деловање јер су то и предуслови слободног и демократског поретка.

У посредној вези са страначким чланством и активностима су још нека уставна права. Ту се могу убројати: слобода окупљања (чл. 54) као начин јавног политичког деловања путем митинга, протеста, организованих шетњи; право на учешће у управљању јавним пословима (чл. 53) – то право се у пракси, према неписаном правилу, свело само на чланове странака које су на власти. Затим, ту је право на имовину – политичке странке као правна лица имају право својине и друга имовинска права (чл. 58) у складу са законом, што им омогућава или олакшава политички рад, поготово када су у опозицији.[20]

Сва поменута Уставом прописана начела и права гаранција су постојања политичких странака и омогућавају рад и странака на власти и оних у опозицији. Међу њима ипак треба издвојити слободу штампе, без које опозиција, а и целокупан систем, тешко да би опстали.[21] Осим тога, у Уставу налазимо и права која стају у заштиту парламентарних опозиционих странака омогућавајући им да, користећи се институцијама система, првенствено правним механизмима, утичу на власт и јавно мњење.

---

[20] Странке се и финансирају из јавних прихода, како за редован рад (само парламентарне) тако и у изборној кампањи (све које учествују на изборима). Вид. Закон о финансирању политичких активности, чл. 16, 17 и 22, *Службени гласник РС*, бр. 43/11 и 123/14.

[21] Забрана ограничења слободе штампе (*abridging ... of the press*) нашла је место и у Првом амандману Устава САД од 1787, *https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc 50.pdf*, 18. новембар 2016. године.

2.2. Правни механизми остваривања права опозиције

Један од механизама остваривања права опозиције је начин одлучивања Народне скупштине у законодавном поступку. Пре свега, закони се доносе одлучивањем у пленуму и то, по правилу, „већином гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика“ (Устав, чл. 105). Минимално избројано, то су 64 народна посланика. Формално гледано, то је могућност да чак и посланици опозиционих политичких странака могу да изгласају неки (свој) предлог закона, уколико се догоди да на седници не буде довољно посланика владајућих странака. То је ипак нереално и спадало би у крајњу незаинтересованост владе за доношење закона, што би наговестило и њен крај. Због тога, опозиционе странке треба да се усредсреде на права из ранијих фаза законодавног поступка. Сваки народни посланик има право законодавне иницијативе (предлагања закона) и право на подношење амандмана на предлог закона. Теоријски је замисливо да опозиција поднесе велики број законских предлога и још већи број амандмана и тим видом политичке борбе кочи власт и скреће пажњу јавности.[22]

Право опозиције у поступку доношења закона јесте и право на расправљање у скупштинским одборима и на пленарној седници. Ту материју не налазимо у Уставу већ је уређена скупштинским пословником. Исто је и са правом да се формира посланичка група, као „посебна организациона целина и важан центар моћи“,[23] која има више процесних права (време за расправу и др.) него сам народни посланик. Поставља се питање оправданости концепта према којем су права посланика подређена посланичкој групи, с обзиром на то да „слободно изабрани представници“ врше од грађана пренету им сувереност (дакле, сваки појединачни посланик), а да Устав посланичке групе и не познаје.[24] Ипак, рад у самој Скупштини заснива се

[22] „Опструкције има онда, кад мањина с планом одуговлачи све оне послове који претходе скупштинском решењу, а нарочито претрес (...). Опструкција се врши на разне начине: изостајањем са седница да би парламент остао без потребног броја чланова за решавање, држањем сувише дугих говора (то је класично средство опструкције: има примера да су се поједини говори продужавали кроз неколико седница, подношењем излишних предлога о изменама и допунама (...) (на пример кад се, као што је у пракси бивало, само код једног члана једног законодавног предлога поднесе око стотину разних предлога о изменама и допунама) (...).“ – Слободан Јовановић, *Држава*, Београд 1990, 341–342. На пример, у Француској је на поједине законе 1983. и 1984. године подношено преко 2.000 амандмана (2.204 на Закон о високом образовању, 2.598 на Закон о штампи) па је влада, да би се изашло из блокаде, постављала питање свог поверења и неизгласано неповерење (у року од 72 сата) значило је и усвајање закона. – Ирена Пејић, *Парламентарно право*, Ниш 2011, 148.

[23] Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2015, 269.

[24] Индивидуална права посланика сведена су у Уставу на право законодавне иницијативе и, по скупштинском пословнику, на право постављања посланичког

на теоријском ставу да је кохезија (јединство, повезаност) у парламентарним (посланичким) групама суштински елемент за политичку стабилност у парламентарним демократијама, за ефикасност владе и законодавства и за одговорност власти“.[25]

Положај опозиције је чак заштићен обичајном нормом – оном која се примењује а нема је у закону нити у пословнику – када се, на пример, бирају потпредседници Народне скупштине, председници скупштинских одбора или шефови сталних делегација.[26]

Уставно право које директно брани права и статус опозиције при доношењу закона је право на покретање поступка претходне оцене уставности закона. Тај поступак, додуше, не може да покрене маргинална или малобројна опозиција, али уколико сматра да треба да се заштити од политичког насиља парламентарне већине, опозиција ће се по овом питању ујединити и обратити Уставном суду. Како власт не би наметала политичкој мањини штетне или неуставне законе, „на захтев најмање једне трећине народних посланика (84 – нап. С. О.), Уставни суд је дужан да у року од седам дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен“ (Устав, чл. 169). Тим правом опозиција се није ни користила, могуће и због тога што би потврђивање уставности закона онемогућило његово накнадно оспоравање пред Уставним судом, када закон ступи на снагу, почне да се примењује и виде се његове стварне последице (Устав, чл. 169 ст. 4).[27] Рок за одлучивање дат Уставном суду веома

питања и ограничено учешће у расправи у законодавном поступку (највише три самостална посланика, свако до пет минута). Посланичка група, пак, предлаже чланове скупштинских одбора и делегација, даје члана колегијума Скупштине и др. – Пословник Народне скупштине, чл. 97, 23 и 26, *http://www.parlament.gov.rs/%D0%BC%D0%B5%D0%B4%D0%B8%D1%98%D0%B8/%D0% B4%D0% BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B8.372.html*, 18. новембар 2016.

[25] Guillermo Cordero, Xavier Coller, „Cohesion and Candidate Selection in Parliamentary Groups“, *Parliamentary Affairs* 68, 3/2015, 592. Јединство гласања у посланичкој групи, што је њена највећа снага, постиже се тројако: кохезивношћу (предлажу се странački кадрови са сличним политичким ставовима), дисциплиновањем (систем награде и казне од вођства) и контролом дневног реда (да ли ће уопште бити на дневном реду оно што може да подели странку или коалицију). – John M. Carey, „Competing principals, political institutions, and party unity in legislative voting“, *American Journal of Political Science* 51, 1/2007, 93.

[26] Сам састав одбора и делегација сразмеран је политичком саставу Скупштине (Пословник Народне скупштине, чл. 23 и 26). У немачком Бундестагу одбори су места где у законодавном и уставотворном поступку политичка мањина може да покаже свој вето-потенцијал јер се ради према критеријумима договарања и сагласности, пре него у стилу „конрадикторности“ у односу влада–опозиција – који карактерише пленум. Вид. L. Helms, 30.

[27] Разлози некоришћења могу бити политички – разједињеност и слабост опозиције, неповерење у независност Уставног суда, чекање да се закон примени

је кратак – седам дана и није назначено од када почиње да се рачуна. Уколико Суд за то време не успе да одлучи, што се објективно може очекивати, и „закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности“, поступак прераста у „редовни поступак за оцену уставности закона“ (Устав, чл. 169, ст. 2). Ако је, пак, Уставни суд донео одлуку о неуставности закона у року од седам дана, она „ступа на снагу даном проглашења закона“ (Устав, чл. 269, ст. 3). То значи да ће председник Републике указом прогласити и неуставан закон који ће одмах престати да важи, цео или у делу, сходно објављеној одлуци Уставног суда.

У погледу статуса народних посланика, посебно је за оне из опозиције важно да уживају имунитетска права. Она их штите од кривичног гоњења за изнето мишљење и гласање. Посланик не може бити притворен или уопште гоњен за неко кривично дело без одобрења Скупштине (постоји и изузетак). Ипак, имунитетска заштита опозиционих посланика је релативизована тиме што о укидању имунитета одлучује скупштинска већина, дакле власт (Устав, чл. 103).[28] Такође, одредба закона којом је прецизирана уставна норма да мандат припада народном посланику а не политичкој странци (Устав, чл. 102, ст. 2) пре може да ослаби него да ојача опозицију.[29] Народни посланици, поготово из мањих опозиционих странака – чешће прилазе парламентарној већини него што је то обратно.[30]

па да се покрене поступак накнадне оцене уставности закона (најмање 25 народних посланика) или, пак, правни – власт по већинском мишљењу парламентарне опозиције не доноси (или то чини ретко) неуставне законе.

[28] Случај хапшења опозиционог народног посланика Драгана Томића отворио је питање да ли имунитет штити посланика само од лишења слободе у форми притвора (одлучује суд) – „посланик који се позвао на имунитет не може бити притворен (...) без одобрења Народне скупштине“ (Устав, чл. 103), или и од лишења слободе у форми „мере задржавања“ до 48 сати (одлучује јавно тужилаштво) и која, по Уставу, има другачији правни третман. Постоје различита мишљења, а и досадашња пракса је била различита. Вид. *http://www.politika.rs/scc/clanak/284805/Kad-poslaniku-pada-imunitet*, 21. новембар 2016; Владан Петров, Дарко Симовић, „Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији“, *Правна ријеч* 39/2014, 120–123.

[29] Циљ одредбе у чл. 102, ст. 2 Устава био је да политичка странка располаже посланичким мандатом – да буде у њеној власти, практично је празна норма. Она је таквом постала на основу одредбе чл. 88 Закона о избору народних посланика (*Службени гласник РС*, бр. 35/00 и др.), којом је установљено „техничко“ правило да оставку на посланичку функцију може поднети само посланик лично. Опширније: Боса Ненадић, „О парламентарном мандату – пример Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 5–25.

[30] Од последњих избора 2016. године у Србији то важи пре свега за одборнике у скупштинама локалних самоуправа, од којих је већ преко 125 променило политички табор, претежно у смеру владајуће странке (СНС). Вид. *http://www.politika.rs/scc/clanak/367777/Preletaci-bez-odgovornosti*, 16. новембар 2016. Од народних посланика досад је троје напустило један опозициони посланички клуб (ДСС), а један посланик

Правни механизми у рукама народних посланика који постоје превасходно ради опозиције, а потом и јавности, тичу се парламентарне контроле владе (Устав, чл. 129 и 130). Интерпелацијом поднетом од најмање 50 народних посланика опозиција ће настојати да уздрма владу, да преконтролише њен рад и обавести јавно мњење о њеним грешкама, а све то на расправи која ће се одржати на пленарној седници Скупштине. Логично је да се интерпелацијом (никада) не користе посланици владајуће странке.[31] Предлог за изгласавање неповерења Влади или њеном члану може поднети најмање 60 народних посланика. И то је уставноправни инструмент у рукама опозиционих политичких странака који има, мање-више, исту сврху као и интерпелација.[32] Тај поступак, попут расправе поводом поднете интерпелације, може открити важну политичку чињеницу за коју се раније није знало – да је влада изгубила парламентарну већину и да ће неке друге политичке странке пробати да досегну ту већину. Код нас за изгласавање неповерења није потребно да буде оформљена нова скупштинска већина која ће изгласати следећу владу („конструктивно изгласавање неповерења" као у Немачкој, Мађарској, Шпанији) већ неизгласавање поверења може довести и до ванредних избора. Ипак, пракса у Србији још увек није потврдила ту могућност, владе су у скупштини биране, али нису и разрешаване.

Посланичко питање је, такође, начин контроле рада владе и њеног члана које може да постави сваки народни посланик. Изворно је настало у британском Парламенту и проширило се на многа национална представничка тела.[33] Код нас и компаративно, та питања постављају и посланици владајуће политичке странке, за разлику од интерпелације и предлога за изгласавање неповерења влади.[34] Одго-

више није члан посланичког клуба странке из владајуће коалиције (СПС) и тренутно су независни посланици. „Посланички номади" и „пребези" постоје и у другим парламентима (од Уједињеног Краљевства до „нових демократија" Хрватске, Црне Горе). Вид. Vladimir Goati, „Parlamentarizam i partijski sistem Srbije", *Dileme i izazovi parlamentarizma* (ur. V. Pavlović, S. Orlović), Beograd 2007, 134–136.

[31] Интерпелације су ретке, последња је поднета 2011. године. Вид. *http:// www.pressonline.rs/ info/politika/182557/u-parlamentu-drugi-put-interpelacija.html*, 18. новембар 2016.

[32] За разлику од Устава од 1990. који није ни уређивао интерпелацију већ је то чинио пословник, Устав од 2006. је у том смислу напреднији од свог претходника. Са предлогом за изгласавање неповерења Влади ствари стоје другачије. По претходном Уставу за покретање тог поступка било је потребно само 20 народних посланика (чл. 93), па је то право опозицији било кудикамо доступније.

[33] Вид. Giuseppe Palumbo, „Question Time: Comparing and contrasting parliamentary questions in Britain, Italy and the EU", *EUT Edizioni Università di Trieste* (ed. S. Ondelli), 2013, 44, Slaviša Orlović, „Nadležnosti parlamenta", *Dileme i izazovi parlamentarizma*, 151–153.

[34] Разлика је и у томе што Устав не познаје посланичко питање, већ је оно поменуто и уређено Законом о Народној скупштини (чл. 56, *Службени гласник РС*, бр. 9/2010) и Пословником Народне скупштине (чл. 204–216).

вори дати на та „пријатељска“ питања представљају неку врсту похвале владиној политици и служе њеном промовисању. С друге стране, оправдано је запитати се да ли и колико стварно чланови Владе одговарају на посланичка питања. Уместо да време постављања питања буде оштра критика рада извршне власти, оно се код нас просто пренебрегне (не одржи се седница)[35] или се претвори у своју супротност – самохвалу владе сопственим успесима. Таква пракса није друго до знак мањка политичке културе и непоштовања и писаних и неписаних права опозиције да контролише Владу. Сходно нивоу те културе у нас, процедуру постављања посланичких питања, као јединог реалног инструмента контроле рада владе, треба прилагодити нашим приликама и учинити је строжом.[36]

Само су два места у Уставу где се *директно помиње опозиција*, додуше не тим именом. Реч је о истом поводу – почетку поступка избора Владе када председник Републике предлаже Скупштини кандидата за председника Владе, „пошто саслуша мишљење представника изабраних изборних листа“ (Устав, чл. 112 и 127). Ти представници су заправо лидери политичких странака које су ушле у парламент и које, и на овај начин, имају право да учествују у поступку избора Владе.[37]

Поље где опозиционе политичке странке имају уставну могућност да покрену али не и да одлуче у поступку, јесте разрешење шефа државе, доношење или промена Устава и подношење жалбе Уставном суду. Поступак разрешења председника Републике може да покрене најмање једна трећина народних посланика (Устав, чл. 118). То ће бити посланици опозиционих странака ако председник Републике припада истој политичкој опцији као и Влада. Међутим, у случају „кохабитације“, то јест ако је председник Републике изабран као кандидат опозиције, постоји могућност да ће посланици већине настојати да га опозову и, у случају одговарајућег мишљења Уставног суда и достигнуте двотрећинске већине у Скупштини, разреше.

---

35 Вид. *http://www.istinomer.rs/ocena/3133/%C4%8Ce%C5%A1%C4%87e%20od%20svih%20prethodnih% 20vlada%20odgovaramo%20na%20poslani%C4%8Dka%20pitanja*, 16. новембар 2016.

36 Не постоје два парламента са идентичним поступком постављања посланичких питања. Опширно: Federico Russo, Matti Wiberg, „Parliamentary questioning in 17 European parliaments: Some steps towards comparison“, *The Journal of Legislative Studies* 16, 2/2010, 215–232.

37 Приликом избора Владе 2016. године поставило се питање да ли председник мора или тек може да позове опозицију и чује мишљење свих изабраних изборних листа, с обзиром на то да је парламентарна већина после избора јасна и убедљива. Иако је било и других мишљења (па и од самог председника), преовладао је став да је то уставна обавеза, а не могућност председника Републике. Вид. *http:// www. novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:604534-Nikolic-mora-da-cuje-sve-stranke*; *http://www. politika.rs/scc/clanak/354782/Politika/Mora-li-Nikolic-da-zove-Seselja*, 19. новембар 2016.

Посланици имају могућност да покрену и поступке смене других бираних функционера (заштитника грађана, гувернера Народне банке), али само посланици владајућих странака могу и да донесу такву одлуку, строжом апсолутном већином (најмање 50% плус један народни посланик од њиховог укупног броја).

Опозициони народни посланици, њих најмање 84, могу да покрену поступак доношења или промене Устава (Устав, чл. 203),[38] али ће тај предлог бити још теже преточен у одлуку него што је то случај при доношењу закона. За промену Устава треба да гласају две трећине од укупног броја народних посланика (и то два пута) и још да то грађани потврде на референдуму. На крају, институционалну заштиту опозиционих политичких странака од већине налазимо и у праву жалбе посланика Уставном суду у вези са потврђивањем посланичког мандата (Устав, чл. 101). Тај независан орган ће одлучивати уколико Народна скупштина не потврди посланички мандат, пре свега, кандидату са листе опозиционе политичке странке.

Однос власти и опозиције имаће садржински другачији однос уколико дође до кохабитације. То значи да опозиоциони кандидат за председника Републике, кога бира народ, победи па тако и опозиција постане, кроз ту фунцију, делом владајућа. То је стање које би опозицији донело практично више права тако што би председник обављао функцију имајући у виду и интерес опозиционог политичког табора из кога долази. Очекивано је да би се он тада чешће користио својим правом суспензивног вета на законе изгласане у Народној скупштини (Устав, чл. 113) или би ревносније покретао поступак оцене уставности закона, настојећи да заштити и интерес политичке опозиције.[39]

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Политичка опозиција, институционализована кроз политичке странке, предмет је који проучава и уређује уставно право. Она није нужно уставна категорија и, као таква, предмет непосредног уставног регулисања, али сви устави демократских држава садрже одређена права која се тичу опозиције. Осим у уставу, права којима

[38] И овде је Устав од 1990. био „бољи“ по опозицију јер је предлог промене Устава могло да поднесе мање – 50 народних посланика (чл. 132).

[39] Ипак председникови уставни домети у периоду кохабитације су, за разлику од Француске, ограничени. Француски председник може, уколико се покаже да је кохабитација нефункционална (вид. L. Helms, 37–40), да распусти Националну скупштину (уз консултације са првим министром и председницима домова –Устав Француске Републике од 1958, чл. 12) и тако отвори могућност да његова странка (коалиција) на изборима освоји већину у Скупштини.

се може користити опозициона политичка странка налазимо и у законима и подзаконским актима. Заједничко свима њима је да путем тих права може да се чује и слободан глас опозиције, критика власти, што је неопходност опстанка савремених демократија и, у крајњој мери, услов заштите основих људских права.

Постојање институционализоване, признате опозиције подразумева и правне механизме путем којих опозиција може да замени власт. То не значи само периодично одржавање избора на којима ће представници опозиције легално учествовати, него и могућност да опозиција у обраћању бирачима има поштован третман као и странке на власти. Правни и друштвени амбијент владавине права мора бити такав да осигурава предвидљив и равноправан статус владајућих и опозиционих странака.

У Србији, од повратка вишестраначја (Уставом од 1990), опозиција ужива уставна права. Устав од 2006. не помиње експлицитно опозиционе политичке странке (у једној норми на два места говори о „изабраним изборним листама“) већ „јемчи и признаје“ улогу свих политичких странака. Уставом се прописују бројна права и предвиђају поступци путем којих опозиција може да делује. То иде од права на политичко организовање, па до права да покреће различите поступке, све до поступка промене Устава. Та уставна начела и норме разрађени су у законима и подзаконским прописима. Имајући то у виду, могло би се закључити да је уставноправни положај опозиције на нивоу који захтева правна држава. Оно што заслужује критику је маргинализовање посланика као појединца и његова инфериорност у односу на права посланичке групе.

Осим правних норми, за положај политичке опозиције велики значај (ако не и највећи) имају ниво политичке културе и примена неких неписаних правила о поштовању и заштити опозиције. То би подразумевало и конструктивну сарадњу власти са опозицијом у избору чланова институција који не би требало да се бирају по уском интересу владајуће странке (судије Уставног суда, заштитник грађана и др.) или препуштање доминације опозицији у најзначајнијим скупштинским одборима, чиме та тела не би губила функцију контроле власти и уопште управе.

Коначна оцена уставноправног положаја опозиције у Србији могла би да буде да њен прописани (номинални) и стварни положај нису подударни. Они су, штавише, у овим четврт века били и у стању великог раскорака. То би се могло образложити ипак кратким трајањем вишестраначја, још увек несхватањем смењивости власти као нужног састојка демократије или недовољном политичком културом. С друге стране, политичку опозицију у Србији је захватио тренд који се одвија и у „традиционалним“ демократијама, а то је да она

губи свој идеолошки идентитет. Покренута жељом да се „конструктивно приближи“ „реформском курсу“ власти, опозиција заправо тупи мач своје суштинске критике целокупног система. Тако се, мада тога није свесна, удаљава од бирача јер престаје да буде истинска алтернатива. Отуда она и нема потребу да се користи свим правима која јој дају Устав, закони и неписане норме.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bagehot, W., *The English Constitution*, London 1963.

Carey, J. M., „Competing principals, political institutions, and party unity in legislative voting“, *American Journal of Political Science* 51, 1/2007.

Cordero, G., Coller, X., „Cohesion and Candidate Selection in Parliamentary Groups“, *Parliamentary Affairs* 68, 3/2015.

Dahl, R. A., *Political Opposition in Western Democracies* (ed. R. A. Dahl), London 1966.

European Commission for Democracy through Law (Венецијанска комисија), *Report on the Role of the Opposition in a Democratic Parliament* (by A. Nussberger, E. Özbudun, F. Sejersted), Study no. 497/2008, 12–19, *http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)025-e*

Goati, V., „Parlamentarizam i partijski sistem Srbije“, *Dileme i izazovi parlamentarizma* (ur. V. Pavlović, S. Orlović), Beograd 2007.

Helms, L., „Five ways of institutionalizing political opposition: lessons from the advanced democracies“, *Government and Opposition*, 39, 1/2004.

Јовановић, С., *Држава*, Београд 1990. (Jovanović, S., *Država*, Beograd 1990)

Келзен, Х., *О суштини и вредности демократије* (прев. Д. Н. Баста), Београд 2005. (Kelzen, H., *O suštini i vrednosti demokratije* (prev. D. N. Basta), Beograd 2005)

Koštunica, V., *Institucionalizovana opozicija u političkom sistemu kapitalizma*, doktorska disertacija, Beograd 1974.

Лукић, Р. Д., *Политичке странке*, Београд 1995. (Lukić, R. D., *Političke stranke*, Beograd 1995)

Марковић, Р., *Уставно право*, Београд 2015. (Marković, R., *Ustavno pravo*, Beograd 2015)

Ненадић, Б., „О парламентарном мандату – пример Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008. (Nenadić, B., „O parlamentarnom mandatu – primer Srbije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2008)

Orlović, S., „Nadležnosti parlamenta“, *Dileme i izazovi parlamentarizma.*

Palumbo, G., „Question Time: Comparing and contrasting parliamentary questions in Britain, Italy and the EU“, *EUT Edizioni Università di Trieste* (ed. S. Ondelli), 2013.

Пејић, И., *Парламентарно право*, Ниш 2011. (Pejić, I., *Parlamentarno pravo*, Niš 2011)

Петров, В., Симовић, Д., „Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији“, *Правна ријеч* 39/2014. (Petrov, V., Simović, D., „Četiri pitanja iz novije ustavne prakse u Republici Srbiji“, *Pravna riječ* 39/2014)

Puliŝelić, S., *Političke stranke kao faktor suvremenog političkog sistema*, Zagreb 1971.

Russo, F., Wiberg, M., „Parliamentary questioning in 17 European parliaments: Some steps towards comparison“, *The Journal of Legislative Studies* 16, 2/2010.

Симовић, Д., Петров В., *Уставно право*, Београд 2014. (Simović, D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Beograd 2014)

Slobodan P. Orlović, PhD

Associate Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

CONSTITUTION OF SERBIA AND RIGTS OF OPPOSITION

Summary

The political opposition which is primarily organized in political parties, is a condition for existence of democratic political system. Special attention should be paid to guaranties of the position of political opposition in states which have renewed their multiparty system, or just initiated it. This guaranty means protection of oppositional political parties with rights and legal mechanism, enables the same legal treatment and real equality with ruling parties. This implies constitutional, statutory and executive rights and procedures through which opposition operates.

The constitutional position of opposition in the Republic of Serbia was built just with the given order. Oppositional political parties have an equal legal status and, apropos, possibility to criticize, control and change the government through the election. However, a really low level of a political culture, lack of consistency of the political ideology, readiness for all kinds of coalitions, inferiority of the underdeveloped public opinion, makes so that the political opposition has slightly worse position in the relation to position of government.

Key words: *Political parties. – Opposition. – The Constitution of Serbia. – Parliament. – Protection of minority.*

Article history:
Received: 25. 11. 2016.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 347.63(430); 347.63(410); 347.63(497.11)

CERIF: S112, S130

Др Урош Новаковић*

ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У СЛУЧАЈУ ОСПОРАВАЊА/УТВРЂИВАЊА ОЧИНСТВА ДЕТЕТА – ТРИ ПРИСТУПА НЕМАЧКОГ, ЕНГЛЕСКОГ И СРПСКОГ ПРАВА

Иако је право на сазнање порекла предвиђено, пре свега, као право детета, одлука којом се утврђује односно оспорава порекло детета односи се на све странке у поступку – на дете, мајку детета, оца детета и мушкарца чије се очинство утврђује/оспорава. У већини европских законодавстава постоје прокламовани принципи равноправности брачне и ванбрачне деце. Немачко право је предвиђало, до измена Bürgerliches Gesetzbuch из 2013. године, да, уколико ванбрачна мајка не да сагласност ванбрачном оцу, не постоји могућност да он стекне родитељско право или само право на контакт са дететом. Немачко право је сматрало да би стицање родитељског права ванбрачног оца противно вољи мајке било супротно интересима детета. У Енглеској судови приликом досуђивања мере вршења родитељског права оцењују следеће критеријуме: степен посвећености оца детету, степен повезаности између ванбрачног оца и детета и разлоге услед којих ванбрачни отац тражи меру вршења родитељског права. У српском праву (осим временског рока) нема ограничења биолошког оца да утврди порекло у односу на дете, и тако стекне родитељско право. Решења српског законодавства у потпуности су у складу са Конвенцијом о правима детета, али не уважавају право на поштовање породичног живота детета и његовог правног оца. Аутор предлаже да, у складу са обавезом проширене примене истражног начела у породичним (патернитетским) споровима, коју предвиђа члан 205 Породичног закона, судови у Србији, при постављању захтева мушкарца који је оспорио брачно или признато ванбрачно очинство и има намеру да врши родитељско право, испитују разлоге услед којих он подноси овај захтев. Тиме би се додатно испунила и обавеза да се суд руководи најбољим интересом детета у свим поступцима који се односе на дете (чл. 6 и 266 Породичног закона), те да се омогућавање, односно одбијање вршења родитељског права посматра првенствено из угла и стабилности детета.

---

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *uros.novakovic@ius.bg.ac.rs*

Кључне речи: *Порекло детета. − Најбољи интерес детета. − Родитељско право. − Ванбрачни отац. − Право на поштовање породичног живота.*

1. УВОД

Иако је једно од основних начела (савременог европског, али и српског) права које уређује односе родитеља и деце равноправност брачне и ванбрачне деце, постоји област у којој се овај принцип не примењује апсолутно. Утврђивање очинства, односно порекла детета од стране оца и вршење родитељског права сведочи о претходној тврдњи. Осим нашег законодавства, анализираћемо какав приступ овој области имају енглеско и немачко право. Упркос томе што је право на сазнање порекла прокламовано, пре свега, као право детета, одлука којом се утврђује, односно оспорава порекло детета у односу на родитеље односи се на све странке у поступку – на дете, мајку детета, оца детета и мушкарца чије се очинство утврђује/оспорава.[1] Уз право детета, реч је и о праву ванбрачног оца да успостави породичну везу са својим ванбрачним дететом, као делу права на поштовање породичног живота. Све наведене странке су у патернитетским споровима означене као јединствени и нужни супарничари.[2] Након утврђивања/оспоравања порекла детета поставља се питање вршења родитељског права ванбрачног оца.

У српском праву не поклања се довољна пажња чињеници да је могуће угрозити већ постојећи породични живот детета услед намере биолошког оца да утврди порекло детета и стекне родитељско право. Факту биолошког порекла тако се даје уширок значај ако се не посматра у садејству са осталим социјалним критеријумима. Насупрот суприматији биолошке везе стоји аргумент да ова веза нема такав значај за дете као нега и љубав које дете добија од социјалних родитеља. Питање се своди на сукоб статусног и функционалног, на сукоб биолошког и социјалног. Биолошка компонента је оличена у праву детета да утврди порекло, док је социјална компонента осликана кроз право на поштовање породичног живота. У нашем

[1] Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 256, ст. 3 и 4: „Странке у спору ради утврђивања очинства јесу: дете, мајка, мушкарац који тврди да је отац детета и мушкарац кога мајка сматра оцем детета (нужни и јединствени супарничари). Странке у спору ради оспоравања очинства јесу: дете, мајка, мушкарац који се по овом закону сматра оцем и мушкарац који тврди да је отац детета (нужни и јединствени супарничари).“

[2] Вид. Марија Драшкић, „Оспоравање и утврђивање очинства пресудом на основу признања: незаконита пракса београдских судова“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 1/2007, 122.

праву, већини европских законодавстава, као и законодавстава бивше СФРЈ,[3] не постоји правна претпоставка ко се сматра оцем детета рођеним у ванбрачној заједници.

Напретком медицинских наука и омогућавањем да се релативно лако, брзо и са чврстом извесношћу утврди порекло детета, правна претпоставка о брачном очинству детета (*Pater is est quem nuptiae demostrant*) губи некадашњи значај. Ова претпоставка је имала улогу доказног средства у време када утврђивање генетске везе није било поуздано. Посматрано у светлу најбољег интереса детета, утврђивања порекла детета и вршења родитељског права, имамо две колизионе могућности: када ванбрачни отац има намеру да утврди порекло у односу на дете и врши родитељско право и када ванбрачни отац нема те намере.

Намера нам је да у раду утврдимо везу између утврђивања порекла детета и стицања родитељског права, у односу на најбољи интерес детета, тачније, зависност стицања родитељског права само од утврђивања порекла или потребе постојања додатних квалификујућих околности. Неспорна је узрочно-последична веза између утврђивања порекла детета и стицања родитељског права. Утврђивањем порекла детета стиче се и родитељско право – утврђивањем биолошке везе између родитеља и детета остварује се интерес детета.[4] Брак указује на већи степен (међусобне) посвећености између родитеља

---

[3] Да у области утврђивања статуса детета постоји неједнакост брачне и ванбрачне деце: Јелена Видић, „Правно регулисање дејстава ванбрачних заједница у Србији, Словенији, Хрватској и Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Крагујевац 2006, 178. Од свих законодавстава бивше СФРЈ, македонско је најприближније принципима Комисије за европско породично право *(CEFL)*, јер у члану 61 Породичног закона (*Закон на семејството*) предвиђа да се оцем детета рођеног у ванбрачној заједници сматра лице које је имало полне односе са мајком детета у време од најмање 180 до 300 дана пре рођења детета, осим ако се докаже супротно. При утврђивању очинства суд посебно цени заједнички живот и међусобне односе мајке и туженог мушкарца пре и након рођења детета, као и медицинске и друге доказе који указују на очинство ванбрачног партнера мајке. Овакво решење било је предвиђено и у некадашњој СФРЈ. Према Закону о односу родитеља и деце СР Македоније, у члану 12: „Оцем детета који је са мајком детета одржавао полне односе у периоду од најмање 180 до 300 дана пре рођења детета сматра се тај мушкарац, уколико се супротно не докаже.“ О оваквом решењу македонског права: Марина Јањић-Комар, „Начело равноправности деце рођене у браку и деце рођене ван брака у нашем праву“, *Анали ПФБ* 6/77, 803. Таква одредба је реткост у упоредном праву, а јавља се још и у швајцарском праву. Наиме, према члану 262 швајцарског Грађанског законика, у поступку за утврђивање очинства по тужби мајке претпоставља се да је отац тужени мушкарац ако је живео у ванбрачној заједници са мајком детета између 180 и 300 дана пре рођења детета. Претпоставка је оборива ако тужени мушкарац докаже да је његово очинство немогуће или мање вероватноће од очинства другог мушкарца.

[4] Гордана Ковачек-Станић, „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights* 4/2009, 591.

у односу на недостатак форме оличене у ванбрачној заједници.[5] Питање је какав ће се критеријум применити на утврђивање порекла детета и стицање родитељског права када не постоји форма брака. Оспоравање, односно утврђивање порекла детета и вршење родитељског права немогуће је одвојити. За разлику од материнства које се стиче независно од брачног статуса, ванбрачни очеви стичу родитељско право у зависности од брачног статуса, потенцијално од постојања одређених квалитативних околности.

2. РАВНОПРАВНОСТ БРАЧНЕ И ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

Поштујући чињеницу да у већини европских законодавстава постоје прокламовани принципи равноправности брачне и ванбрачне деце, настоји се утврдити *ius commune* у овој области. Тежња ка јединственом регулисању европског породичног права спроводи се и радом многих комисија сачињених од еминентних познавалаца ове области. Један од основних принципа у вези са вршењем родитељског права предвиђених у документима Комисије за европско породично право (*CEFL*)[6] јесте да, без обзира на то да ли је дошло до развода или поништења брака, престанка ванбрачне заједнице, то не сме имати утицај на вршење родитељског права. Такође, дете има право да одржава личне односе са оба родитеља. Међутим, постојећа правна и фактичка дисонантност између појединих правних система навела нас је да дубље анализирамо ову проблематику, посебно имајући у виду и разматрајући правила нашег правног система, који стреми европској правној породици. Ово није једина област у којој

[5] Иако се у законским текстовима често прокламује једнакост (равноправност) брачне и ванбрачне деце. Тако, нпр. у македонском праву, приликом развода брака суд доноси одлуку, на основу мишљења центра за социјални рад, ком родитељу ће бити поверено вршење родитељског права, а који родитељ ће одржавати личне односе са дететом, док у случају престанка ванбрачне заједнице, центар за социјални рад самостално доноси одлуку о вршењу родитељског права, без судске одлуке. Овакво решење македонског права подложно је утврђивању повреде права на поштовање породичног живота пред ЕСЉП, који је изричито предвидео да у свим поступцима који се односе на родитељско право (додељивање, лишење, ограничење, враћање родитељског права, као и одузимање детета) неопходно је да се донесе судска одлука и да родитељи учествују у поступку и буду саслушани. Наведено према: Ангел Ристов, Катерина Кочковска, „Кратак преглед законодавства у Републици Македонији и Конвенције о правима детета и тренутни правци развоја македонског Породичног закона“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Станка Стјепановић *et al.*), Источно Сарајево 2012, 120.

[6] Више о оснивању овог удружења: Walter Pintens, „Europeanisation of Family Law“, у: Katharina Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen 2003, 29.

не постоји јединствена политика, тзв. *common core* европског породичног права.[7]

Намера нам је да уочимо како чињеница биолошке везе родитеља (оца) детета и статус родитељске заједнице (ванбрачни) утиче на могућност стицања родитељског права. Иако постоје прокламовани принципи равноправности ванбрачне и брачне деце и равноправности (ван)брачних родитеља у вршењу родитељског права, у пракси то није случај. Чак, као што ћемо видети, немачки законски оквир и судска пракса стоје на равни да постоји фаворизовање брачних у односу на ванбрачне очеве. И ЕСЉП је неретко санкционисао овакав приступ немачког законодавца и судова, што је условило недавне измене законодавства. Правни системи које анализирамо у раду, консултујући и међународне документе и праксу ЕСЉП, налазе се на супротним половима. Могуће је потпуно дати предност биолошкој компоненти, примат дати социјалним чиниоцима и, на крају, комбиновати социјалне и генетске критеријуме уз давање извесне предности социјалним чиниоцима. Имајући у виду конкретне околности и проблеме који се јављају у пракси, покушаћемо да предочимо предности и мане ових система и пружимо потенцијално најбољи модел и путоказ за наше судове који одлучују о датој проблематици. Полазимо од најбољег интереса детета, али у светлу овог принципа, посматрамо га и кроз права његових родитеља – најбољи интерес детета кроз призму интереса и права родитеља.

Разматраћемо, пре свега, случај када мушкарац који сматра да је биолошки отац детета има намеру да успостави правни однос са својим дететом и стекне родитељско право, али услед несагласности мајке или већ формираног породичног живота детета са правним оцем или партнером мајке, то постаје спорно из угла детета и његових права и интереса. Уколико дете или мајка детета имају намеру да се утврди порекло у односу на оца, без резерве сматрамо да је то у интересу детета и да је стицање родитељског права неспорно.

3. РЕШЕЊА НЕМАЧКОГ ПРАВА

Посебан случај који је изазвао значајне научне контроверзе у породичноправној литератури, али и судској пракси, јавља(о) се у

[7] Поводом јединственог европског породичног права и проблема (не)постојања заједничких културолошких вредности: Masha Antokolskaya, „Family Values and the Harmonization of Family Law“, *Family Law and Family Values* (eds. Mavis Maclean, John Eekelaar), Oxford 2005, 300. Област која претходи родитељском праву, правном односу родитеља и деце, брачно право, доскоро је било поље непостојања консензуса, будући да право Малте до 2011. године није допуштало развод брака. Након референдума 2011. године дозвољен је развод брака, али под знатним ограничењима.

немачком праву које, иако предвиђа да постоји могућност да ванбрачни отац утврди порекло у односу на дете[8] (а самим тим и стекне родитељско право и(ли) право на контакт са дететом), уколико му ванбрачна мајка не да сагласност, он не може да врши родитељско право. У неким ставовима иде се толико далеко да чак ни немачки судови не могу у случају противљења мајке дозволити утврђивање порекла детета.[9] Међутим, и кад се утврди порекло детета, ванбрачна мајка самостално врши родитељско право.[10] Овакво решење је не само у супротности са ЕКЉП, већ и са одредбама немачког Устава.[11] Немачко уставно право ставља акценат на правно, а не биолошко родитељство.[12] Оваква парадоксална ситуација додатно се усложава ако мајка заснује нову брачну или ванбрачну заједницу, када применом претпоставке *Pater est*... или признањем детета за своје од новог партнера мајке, ванбрачни (биолошки) отац детета остаје без могућности да стекне родитељско право према своме детету.

Према реформи немачког права из 1997. године предвиђено је да родитељи, независно од тога да ли су у браку или ванбрачној заједници, након престанка такве форме заједничког живота настављају да заједнички врше родитељско право.[13] Међутим, спорна одредба немачког права је садржана у члану 1626.а, став 2 немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), према којој ванбрачни родитељи на основу споразума који се подноси у писаној форми могу заједнички да врше родитељско право.[14] У пракси је ситуација таква да мајка има овлашћење да одлучи да ли ће дати сагласност ванбрачном оцу те њеним ускраћивањем онемогућити да он врши родитељско право.[15] Међутим, најновијим изменама *BGB* из

8 Према чл. 172, ст. 1 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,* странке у поступку оспоравања очинства јесу: дете, мајка и отац детета.

9 Jens M. Scherpe, „Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. Rebecca Probert, Stephen Gilmore, Jonathan Herring), Oxford 2009, 49.

10 K. Boele-Woelki *et al*., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007, 107.

11 Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge 2011, 53.

12 Gabriele Britz, „Biological and Social Parenthood“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, Nina Dethloff, Werner Gephart), Cambridge 2014, 165.

13 *Gesetz zur Reform des Kindschaftrechtes*, ступио на снагу 1. јула 1998. године.

14 О томе и: K. Boele-Woelki *et al.*, 101.

15 Аргументација Уставног суда Немачке у пресуди, *Unconscionable Marriage Contracts 1 BvR 12/92 of 6 February 2001, 1 BvR 1766/92 of 29 March 2001*, поводом овако широких овлашћења ванбрачне мајке може се наћи и у ставу да се

2013. године донекле је ослабљена оваква власт мајке. Додат је нов став 2 у оквиру члана 1626.а – уколико мајка не докаже да није у најбољем интересу детета да ванбрачни отац врши родитељско право, суд може да додели вршење родитељског права ванбрачном оцу.[16] Стога, у немачко право је уведена могућност да суд додели вршење родитељског права ванбрачном оцу упркос противљењу мајке. Ова велика новина у немачком законодавству уведена је под утицајем одлука ЕСЉП.

Иако немачки Грађански законик не предвиђа да брачни родитељи рођењем детета аутоматски стичу родитељско право, имплицитно се подразумева да у том случају они заједнички врше родитељско право (*gemeinsame elteriche Sorge*).[17] Отац детета је муж мајке у време рођења детета, мушкарац који је признао дете и мушкарац чије је очинство утврђено судском одлуком. Ако родитељи нису у браку, а накнадно не закључе брак, нити заједнички дају изјаву, мајка самостално врши родитељско право. Иако родитељи нису у браку у време рођења детета, они могу накнадно закључити брак и на основу тога стећи заједничко вршење родитељског права.

Мушкарац који није у браку са мајком детета, као што смо видели, није могао без њене сагласности стећи родитељско право. Резултат законодавних измена није био резултат уверења да се тиме угрожавају права детета и ванбрачног оца, већ константно утврђивање повреде права на поштовање породичног живота пред ЕСЉП. С обзиром на то да су промене извршене тек 2013. године и да нису производ националног, унутрашњег консензуса, задржаћемо се на овом решењу немачког права. Који је био *ratio legis* овакве одредбе? Немачко право је сматрало да би стицање родитељског права ванбрачног оца противно вољи мајке било супротно интересима детета. Ако између родитеља иницијално постоји значајна несагласност о битним питањима која се односе на живот детета (речено терминологијом Породичног закона Србије) – образовање, промена пребивалишта, избор религије, располагање имовином велике вредности, али и свакодневне одлуке у вези са дететом; ако су родитељи међусобно покренули кривичне поступке једно против другог; ако је постојало

ванбрачна мајка, за разлику од брачне, налази у битно неповољнијем економском положају, имајући у виду њену обавезу да (најчешће) самостално издржава дете. О томе: Wolfgang Voegeli, „Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany“, *Family Law and Family Values*, 36. Да је законодавном реформом из 1998. године побољшан однос између ванбрачних очева и деце: Ilona Ostner, „Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 99. Међутим, и поред ових реформи постоји фаворизовање ванбрачних мајки у односу на ванбрачне очеве.

[16] *BGB*, чл. 1626а, ст. 1, тач. 3 и ст 2.

[17] За разлику од већине упоредноправних система, немачко право је задржало термин „родитељско старање“ или „родитељска нега“ (*elteriche Sorge*).

или постоји насиље у породици, немачки законодавац је сматрао да би досуђивање родитељског права ванбрачном оцу било супротно најбољем интересу детета. Према ставу немачког Савезног уставног суда, ако постоји више од два родитеља (мајка, правни и биолошки отац) са идентичним родитељским овлашћењима, постојаће сукоб између њих око вршења родитељског права, што у крајњој линији негативно утиче на нормалан развој детета.[18] Заиста, донекле се може бранити аргументација да константан и трајни сукоб родитеља може бити настављен и након додељивања родитељског права ванбрачном оцу, те негативно деловати на дете. Међутим, пре сматрамо да би то било противно стабилности детета, него његовом најбољем интересу. Ако се стабилност детета постави као еманација принципа најбољег интереса детета, онда би оваква аргументација могла имати утемељење. Тиме би се посредно дошло до *restitutio in integrum* по питању равноправности брачних и ванбрачних родитеља у немачком праву.[19] Међутим, овакав приступ немачког права онемогућава и следеће фактичко стање: ванбрачни отац не може да утврди порекло у односу на дете – не може да стекне родитељско право уопште – нема ни право на личне односе (контакт) са дететом.[20] Додатно, оваква агрументација је у директној супротности са чланом 1628, став 3 *BGB* који предвиђа да је у најбољем интересу детета, као општем принципу, да има контакт са оба родитеља.[21] Ипак, могуће је и супротно закључивање од оног којим се руководи(о) немачки законодавац, да се додељивањем родитељског права ванбрачном оцу смањују тензије, с обзиром на то да и он постаје саставни део родитељске функције одгајања детета, готово равноправан родитељ.

Поштујући претходну аргументацију, у многим случајевима кад се мајка противи утврђивању порекла детета и стицању родитељског права ванбрачног оца, то би заиста негативно деловало на стабилност детета, које би живело код мајке, а имало право да одржава личне односе са ванбрачним оцем.[22] У светлу њеног противљења и

[18] Christine Budzikiewicz, „Contracting on Parentage“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities*, 165.

[19] О томе да је и у прошлости правни положај особа које се налазе изван брака у Немачкој био неповољнији у односу на друге европске државе: David Bradley, „Regulation of Unmarried Cohabitation inWest-European Jurisdictions – Determinants of Legal Policy“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 26.

[20] Супротно оваквом ставу, о томе да је реформом *BGB* омогућено да ванбрачно дете стекне правну везу са оцем на исти начин као и брачно: Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London 2010, 70.

[21] О томе да у поступцима поводом оспоравања и утврђивања очинства врховни принцип суда треба да буде благостање детета: A. S. Epstein, 663.

[22] Насупрот правилу да се мајкама у највећем проценту додељује вршење родитељског права, на Тајвану је током друге половине XX века, све до реформе породичног права 1996. године, кад је уведен принцип најбољег интереса детета, владајуће правило било да очеви добијају вршење родитељског права. Чак у 80–90%

поремећених односа са оцем детета, неспорно је да би то негативно деловало на дете, међутим, налазимо да је ово исувише широко овлашћење на страни мајке. На тај начин се, посматрано из аспекта детета и његових најбољих интереса, уводи елемент међусобних односа супружника у односе између родитеља и деце. Наиме, негативан став мајке према оцу детета повлачи да, независно од његове генетске и социјалне везе са дететом и осведочене подобности и посвећености за вршење родитељске функције, он буде неоправдано лишен могућности да врши родитељско право. Ово је потпуно супротан приступ од савремених тенденција европског породичног права и *CEFL* принципа за заједничко вршење родитељског права да родитељи, без обзира на статус њихове заједнице, врше родитељско право, као и да дете након престанка брака или ванбрачне заједнице има право да одржава личне односе са оба родитеља. Оно што је теоријски могуће дешавало се и у пракси немачких судова – да мајка након престанка заједнице живота са ванбрачним оцем ускрати сагласност за признање очинства када је дете рођено. Додатно, да након престанка ванбрачне заједнице наступи једна од две ситуације: да закључи нови брак и роди дете у новом браку, када њен муж постаје социјални отац детета (не и биолошки отац), или да уз њену сагласност нови ванбрачни партнер призна очинство, буде уписан у матичну књигу рођених као отац детета и тако стекне родитељско право.[23] У оба случаја савесни ванбрачни, биолошки отац, остаје без родитељског права у односу на своје дете. Имајући у виду да није било могуће стицање родитељског права без њене сагласности, ванбрачни отац је могао имати родитељско право само ако мајка буде лишена родитељског права. То фактички доводи до парадоксалне ситуације да уколико мајка не да сагласност ванбрачном оцу, а притом није неподобна да буде мајка и злоупотребљава родитељско право (нпр. физички, сексуално, емотивно злоставља дете), не постоји начин да ванбрачни отац стекне родитељско право иако је остварио породични живот са дететом (или мајком) и потпуно је подобан и савестан као отац.

Према члану 1595 *BGB*, за признање очинства захтева се сагласност мајке или детета, ако мајка не врши родитељско право. Оспоравање очинства у немачком праву могуће је под рестриктив-

случајева отац је био родитељ који добија вршење родитељског права: Hung-En Liu, „Mother or Father: Who Receive Custody? The Best Interest of the Child Standard and Judge's Custody Decisions in Taiwan", *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2001, 186.

[23] Објашњење тако великих овлашћења ванбрачне мајке састоји се у томе да она, за разлику од некадашњих времена, закључује брак не из економских разлога, већ ради заштите интереса детета. Такође, велики број немачких мајки је након II светског рата самостално вршио родитељско право. Тако је мајка у великом броју случајева постала једини родитељ детета – (најбољи) интерес детета и интерес мајке су тако поистовећени. – I. Ostner, 95.

ним условима.[24] На тај начин немачко право стоји на потпуно супротном становишту у односу на наше право које, по правилу, дозвољава оспоравање очинства мушкарца који је у матичну књигу уписан као отац детета, уз обавезан захтев да он истом тужбом тражи утврђивање свог очинства.

Уколико родитељи не живе заједно у периоду који није привремен, а мајка самостално врши родитељско право, отац може захтевати од суда да му се досуди самостално или заједничко вршење родитељског права. Овакав захтев суд ће одобрити ако је у најбољем интересу детета.

До наведених измена, једини начин да ванбрачни отац стекне родитељско право био је на основу члана 1666 *BGB*, и то да захтева самостално вршење родитељског права. Он треба да докаже да је угрожено благостање детета код мајке, а у исто време мајка треба да буде лишена родитељског права, будући да немачко право не дозвољава да постоји заједничко вршење родитељског права оба ванбрачна родитеља у исто време, ако нема сагласности међу њима. Уколико нам је познато да ванбрачни отац без сагласности мајке није могао ни да утврди очинство и тако стекне родитељско право и право на контакт са дететом, утолико пре је он био у тежој позицији кад је захтевао да самостално врши родитељско право.

Постављамо питање да ли то значи да постојање (озбиљних) сукоба између ванбрачних родитеља повлачи последице на пољу стицања родитељског права, то јест да ли то значи да постојање сукоба ванбрачног оца са мајком детета њега аутоматски дискредитује као родитеља, иако је показао интерес за дете, живео са мајком или дететом, фактички издржавао дете. Као што се у српском праву мушкарцу дозвољава да оспори порекло без улажења суда у његове мотиве и социјалне чиниоце, попут оствареног породичног живота са дететом, тако, супротно, немачки судови имају отклон да уважавају ове чињенице. Обавеза је суда да утврди да ли је у најбољем интересу детета да има личне односе са оба родитеља.[25]

---

[24] Вид. *BGB* чл 1600. С друге стране, у немачком праву биолошки отац нема право да оспори порекло детета, самим тим утврди своје очинство и стекне родитељско право. – Г. Ковачек-Станић, „Аутономија *versus* материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 210.

[25] Решења немачког законодавства поводом утврђивања порекла детета у односу на ванбрачног оца неповољнија су чак и у случају када долази до донације генетског материјала од мушкарца за женски пар који жели да добије дете. Наиме, у аустралијском праву чак и донор, као биолошки родитељ детета, има (већа) права од ванбрачног оца у Немачкој. Тако је аустралијски суд у познатом случају *Patrick* одлучио да је у најбољем интересу детета које има оба „родитеља“ у лику лезбејског пара да има личне односе са биолошким оцем (донором) из два разлога: да је дете

Прагматички приступ немачког права има превентивно дејство и сматра да је корисније по интересе детета, кад постоје сукоби између родитеља, да само мајка врши родитељско право, чиме се избегавају сукоби, како око свакодневних питања, тако и око битних питања у животу детета него да се касније покрећу поступци за лишење родитељског права.[26] Супротно, у већини других законодавстава, као и нашем, налази се да је довољна заштита детета да родитељ који злоупотребљава родитељска права или спречава одржавање личних односа другог родитеља и детета може бити лишен родитељског права.[27] Индикатор постојања сукоба је непостојање сагласности мајке да ванбрачни отац буде уписан у матичну књигу рођених. Озбиљна је замерка немачком приступу да право личних односа родитеља и деце, као део породичног права у целини, не треба да има у центру однос између родитеља. Такав приступ би значио обликовање правила о односима родитеља и деце само и искључиво на основу односа између родитеља и њихових сукоба, намера, жеља, осећања, без разматрања и стављања у фокус детета, као главног актера у постојећем односу. О томе води рачуна и наш законодавац кад обавезује суд да приликом споразума супружника о имовинским питањима, уколико немају деце, не испитује њихов постигнут споразум (иако се и оваквом резоновању могу упутити критике, посебно имајући у виду економски незавидан положај жена у нашем друштвено-историјском, па и правном оквиру), док ће било какав споразум родитеља о вршењу родитељског права итекако испитивати и унети га у изреку пресуде само ако је у најбољем интересу детета. Јер, ако немачки законодавац штити интересе детета тиме што одсуство сагласности мајке тумачи као накнадну реалну могућност за даље продуковање сукоба између родитеља приликом вршења родитељског права, како онда објаснити да се не испитује дата сагласност мајке за вршење родитељског права ванбрачног оца, чак и када је то у супротности са интересима детета (претходно насилно понашање оца према мајци или детету, злоупотреба родитељског права ванбрачног оца). Према неким ставовима, аргументација о другачијем регулисању, различитим правилима за третирање ванбрачних и брачних очева има утемељење у

остварило личне односе са донором и да је изузетно важно за развој детета да зна ко му је отац. О томе: Deborah Dempsey, „Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2004, 89. На основу ове одлуке раздвојено је социјално родитељство од социјалног очинства.

[26] О томе да није правило да се интереси детета и мајке увек поклапају: J. M. Scherpe, 56.

[27] О томе да је право на одржавање личних односа детета са родитељем са којим не живи једно од најважнијих права детета: М. Драшкић, „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011b, 87.

различитом третирању брака и ванбрачне заједнице, с обзиром на то да појединци закључењем брака показују намеру да ступе у права и обавезе које су предвиђене законом,[28] намеру не само у односу на свог супружника и однос са њим, већ и у односу на своју (будућу) децу. Тако, разликовање између ванбрачних и брачних очева налази се у њиховој намери за вршењем родитељске функције – вршењу родитељског права.[29]

4. РЕШЕЊА ЕНГЛЕСКОГ ПРАВА

Према енглеском праву, родитељи који се налазе у браку стичу родитељско право аутоматски рођењем детета. Ако отац и мајка нису у браку у време рођења детета, отац може стећи родитељско право на један од три начина: ако буде уписан (регистрован) као отац детета; ако он и мајка детета постигну посебан споразум – споразум о родитељском праву, којим ванбрачни отац стиче родитељско право; ако суд на захтев ванбрачног оца досуди да он врши родитељско право. Оставља се могућност да родитељ који није у браку (пре свега ванбрачни отац) стекне родитељско право тако што родитељи изврше заједничку регистрацију детета, тачније изврше заједничку пријаву рођења детета.[30] То је чињеница која повлачи да оба ванбрачна родитеља заједнички врше родитељско право. На тај начин се и ванбрачни отац уписује у матичну књигу рођених детета и стиче родитељско право. Уколико отац није уписан у матичну књигу рођених, он може захтевати меру вршења родитељског права (*parental responsibility order*)[31] или меру одређивања пребивалишта детета (*residence order*). Претпоставка је да ванбрачни очеви на основу биолошке везе, уз постојање додатних социјалних критеријума, могу и уз противљење мајке да стекну меру вршења родитељског права.

[28] I. Ostner, 94 – објашњава донекле овакав примат социјалног над биолошким родитељством у немачком праву. Наиме, налази се да је материнство и очинство у савремено доба постало питање избора (социјалних чињеница), а не статуса (биолошке чињенице).

[29] Sally Sheldon, „Unmarried Fathers and Parental Responsibility: A Case for Reform?“, *Feminist Legal Studies* 2/2001, 106.

[30] У процени да ли постоји ванбрачна заједница, судови у Енглеској процењују следеће околности: да ли пар живи заједно у истом породичном дому; да ли деле свакодневне породичне дужности; да ли је њихов однос стабилан и трајан; да ли постоје заједнички финансијски послови; да ли постоје сексуални односи између њих; да ли имају заједничку децу и какав је њихов однос према деци; да ли ванбрачна заједница постоји према стандарду разумне (треће) особе. О томе: Penny Booth, „English Law and Cohabitation – Property and Other Issues in Cohabiting Situations“, *Правни живот* 10/2009, 938.

[31] О начину на који се може захтевати ова мера: R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London 2009, 250.

Ванбрачни отац треба да докаже постојање повезаности са дететом и посвећености детету да би могао стећи меру вршења родитељског права. Стога, иако енглеско право не признаје биолошку везу као искључиви и једини услов за стицање родитељског права ванбрачног оца (као што је то случај са нашим правом), оно даје могућност да се на основу биолошке везе уз постојање додатних околности поднесе захтев за неку од наведених мера, које ће суд оценити у складу са стандардом најбољег интереса детета.[32] Када судови досуђују меру вршења родитељског права разматрају се степен посвећености оца детету, степен повезаности између ванбрачног оца и детета и разлози услед којих ванбрачни отац тражи меру вршења родитељског права. На основу мере вршења родитељског права ванбрачни очеви не стичу само родитељски статус, већ и право да се консултују о свакодневном васпитању и подизању детета.

Сажимајући претходно речено, ванбрачни отац у Енглеској, поред постојања генетске везе са дететом, да би стекао родитељско право, треба да докаже постојање додатних социјалних елемената. Биолошки критеријум је полазна основа, која, ако и када постоји, повлачи могућност да се утврђивањем социјалних критеријума омогући стицање родитељског права. Основни разлог за давање родитељског права ванбрачном оцу у Енглеској јесте да му се омогући да доноси одлуке у вези са дететом.[33]

Циљ одредаба енглеског Закона о деци (*Children Act*) из 1989. године је да се родитељско право у несмањеном обиму наставља и након развода брака – промовисање „активног очинства“.[34] Иако је намера новог законодавства била да се родитељима који непосредно не врше родитељско право (најчешће очевима) омогући да, ако то желе, одржавају личне односе са дететом, истиче се да у пракси нема начина да се ови родитељи приморају да одржавају личне односе.[35]

Занимљиво је да енглеско право предвиђа претпоставку о томе да је дете брачно, а која се примењује и када је дете зачето у браку, а рођено након што је брак престао, било разводом, било након што је претходни супруг преминуо. Могуће је да мајка детета заједно са својим супругом да изјаву пред надлежним органом да је он отац детета. Међутим, није могуће да се на основу оваквог споразума неки други мушкарац осим мужа мајке упише у матичну књигу као отац детета. И у енглеском праву је предвиђено широко овлашћење мајке

32 Слично и: Shazia Choudhry, Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010, 174.

33 Helen Reece, „Degradation of Parental Responsibility“, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, 98.

34 Тако: Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge 2006, 89.

35 P. Parkinson, 51.

те ванбрачном оцу није омогућено да пријави рођење детета ако се мајка са тим не слаже. Ипак, за разлику од немачког права које до 2013. године није предвиђало ни то, једина могућност да ванбрачни отац буде уписан у матичну књигу јесте да добије судску одлуку.[36] Иако се у већини случајева интереси мајке и детета поклапају, погрешно је увек ставити знак једнакости између ова два интереса. Да ли је оправдано да се сагласност мајке поистовети са најбољим интересом детета чак и кад мајка даје сагласност да ванбрачни отац врши родитељско право, а очигледно је да је отац неподобан и несавестан да врши родитељско право (насиље у породици, злостављање или занемаривање детета)? Судови у Енглеској, у поступцима кад се одлучује о детету и благостању детета (најбољем интересу детета), имају обавезу да узму у обзир седам критеријума,[37] што додатно сведочи колики се значај даје детету и његовим интересима. За разлику од немачког права, где однос између супружника има пресудан значај за стицање родитељског права, у енглеском праву однос родитеља и детета, тачније однос ванбрачног оца и детета (однос ванбрачног оца према детету) одлучујући је услов за стицање родитељског права.[38]

Иницијатива за законодавну реформу у Енглеској којом би и ванбрачни очеви аутоматски добили родитељско право иде логиком мале вероватноће да су сви ванбрачни очеви неодговорни и незаинтересовани за своју децу.[39] У пракси се показало да се захтеви ванбрачних очева за вршење родитељског права најчешће усвајају у великој већини, тачније усвајају се по правилу, осим уколико постоје разлози против, међу које се, пре свега, убраја насиље оца према мајци или детету.[40] За разлику од немачког права, и сасвим оправдано, стицање родитељског права ванбрачног оца не доводи до губитка родитељског права мајке – родитељска права постоје паралелно. Ипак, куриозитет енглеског права (слично као у Данској и у Велсу) јесте да суд не може родитеље лишити родитељског права,[41] већ да правним путем родитељско право престаје само када дете буде усвојено.

[36] Суд ће у процени свих околности за уписивање очинства у матичну књигу рођених посебно оцењивати понашање и однос ванбрачних родитеља у време зачећа детета.

[37] Критеријуми обухватају: жеље и осећања детета, психичке, емотивне и образовне потребе детета, утицај промене било каквих околности на дете, сваку врсту повреде коју је дете претрпело или постоји ризик да претрпи, узраст, пол и порекло детета, способност родитеља да одговоре на потребе детета, опсег овлашћења која има суд према детету. – P. De Cruz, 56.

[38] J. M. Scherpe, 57.

[39] S. Sheldon, 102.

[40] Тако је у 2006. години у Великој Британији одређено чак 7570 мера вршења родитељског права, а само 149 је одбијено. – R. Probert, 250.

[41] K. Boele-Woelki *et al.*, 214.

Занимљиво је да ни у немачком ни у енглеском праву судови не процењују да ли је приликом подношења захтева за заједничким вршењем родитељског права након престанка брака такав споразум родитеља у најбољем интересу детета. У Србији суд усваја споразум родитеља поводом заједничког вршења родитељског права након престанка брака само ако процени да је у најбољем интересу детета.

5. РЕШЕЊА СРПСКОГ ПРАВА

Према нашем праву, дете, без обзира на узраст, има право да зна ко су му родитељи. Право детета да зна ко су му родитељи може бити ограничено само законом. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и у другу документацију која се односи на његово порекло.[42] Породични закон[43] је у складу са одредбама Конвенције о правима детета[44] дао примат утврђивању истине над заштитом породичног мира брачне породице у случају када мушкарац који себе сматра оцем оспорава брачно очинство.[45] Додатно, то је учињено укидањем рока да дете до 25. године има право да утврди своје порекло (према претходном Закону о браку и породичним односима)[46] – рок није предвиђен и у потпуности је признато право детета на утврђивање порекла. Постоје случајеви када мушкарац призна очинство уз сагласност мајке детета а није биолошки отац и тако буде уписан у матичну књигу рођених.[47] Породични закон тада даје неограничено право биолошком оцу да поднесе тужбу, за разлику од немачког права.

Према одредбама нашег законодавства, најшира могућа заштита пружена је праву детета да сазна порекло, као и праву мушкарца који сматра да је биолошки отац детета да утврди најпре биолошку, а самим тим и правну везу са дететом – стекне вршење

[42] Породични закон Србије, чл. 59.

[43] *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

[44] Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/1996 и 2/1997 (Конвенција о правима детета).

[45] М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011а, 205.

[46] *Службени гласник Социјалистичке Републике Србије*, бр. 22/80, 24/84 и 11/88; *Службени гласник Савезне Републике Југославије*, бр. 22/93, 25/93, 35/94 и 46/95; *Службени гласник државне заједнице Србија и Црна Гора*, бр. 29/01.

[47] О томе: Наташа Стевановић, „Оспоравање очинства“, *Ново породично законодавство*, 312.

родитељског права.[48] Ова позиција је потпуно супротна решењу немачког права. Ако чак и муж мајке зна да дете није његово и уписан је у матичну књигу рођених на основу претпоставке *Pater est...*, формирано право на поштовање породичног живота детета и право на поштовање породичног живота његовог оца имају мању правну снагу над правом мушкарца који је биолошки отац детета да утврди правну везу са дететом и буде уписан у матичну књигу рођених. Даје се предност утврђивању истине о пореклу детета над правом на поштовање породичног живота и очување стабилности породице.[49] Извесно ограничење ипак постоји, а то је да истом тужбом којом захтева оспоравање очинства мужа мајке или мушкарца који је признао очинство, потенцијални отац тражи и утврђивање сопственог очинства. Прописивање рокова донекле онемогућава неограничено оспоравање и утврђивање порекла од биолошког оца. Тако, мушкарац који сматра да је отац детета може поднети тужбу у року од годину дана од сазнања за чињеницу да је он отац детета, али најкасније у објективном року од 10 година од рођења детета.[50] Ипак, непостојање рока у коме дете може поднети тужбу посредно омогућава оспоравање очинства и након 10. године детета. Уколико се утврди да је у интересу детета да се утврди његово порекло, детету се поставља колизијски старатељ који у име детета и након истека објективног рока од 10 година од рођења може поднети тужбу за оспоравање очинства.

Оспоравањем једног и утврђивањем другог очинства настаје читав низ правних последица: ствара се облигација издржавања између биолошког оца и детета,[51] престаје облигација издржавања између мушкарца који је био уписан као отац детета и детета, настаје родитељско право биолошког оца, гаси се родитељско право мушкарца коме је успешно оспорено очинство, биолошки отац има право на одржавање личних односа са дететом, право да дâ или ускрати сагласност за битна питања која се тичу живота детета. Читав низ ових права рађа једно додатно питање: који је интерес детета да се утврди биолошка веза ако то утврђивање не прати и намера биолош-

48 М. Драшкић (2011а), 269 – о праву детета да зна ко су му родитељи.

49 Тако и: М. Драшкић (2007), 127.

50 У савезној држави САД, Кентаки, мушкарац уписан у матичну књигу рођених као отац детета може поднети тужбу за оспоравање свог очинства до 18. године детета: Andrew S. Epstein, „The Parent Trap: Should a Man Be Allowed to Recoup Child Support Payments if He Discovers He Is Not the Biological Father of the Child“, *Brandeis Law Journal* 3/2004, 657.

51 Jane Lewis, „Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 176, поводом конституисања облигације издржавања између биолошког оца и детета и проблема наплате већ досуђеног издржавања.

ког оца да, пре свега, издржава дете, а потом и да фактички врши родитељско право – одржава личне односе са дететом?[52] Сматрамо да никако не би требало дозволити стицање родитељског права биолошког оца уколико је његова намера била да само утврди биолошку везу без додатних квалитативних елемената, пре свега, намере да одржава личне односе.[53] Чак, у одређеним случајевима, иако постоји таква намера биолошког оца, постојећа формирана стабилност породичног живота детета треба да однесе превагу над чињеницом просте биолошке везе. Изузетно, у случајевима када је биолошки отац имао намеру да утврди порекло или да одржава личне односе са дететом, а немогућност остваривања ових циљева је резултат противљења или преварног понашања мајке детета, њему треба дозволити стицање одређених права, али искључиво примењујући доктрину најбољег интереса детета. У овом случају најбољи интерес детета, иако дете већ има правног оца и стабилност породичног живота, управо се налази у чињеници утврђивања биолошке везе. Посебно код деце младог узраста која би одржавањем личних односа са биолошким оцем могла, када стекну извесну зрелост, самостално одлучити о томе да ли желе и на који начин да одржавају личне односе са биолошким оцем. Овакву аргументацију о примату стабилности породичног живота налазимо само у случају када дете има формиран породични живот са социјалним оцем који не укључује негативне ефекте по дете (насиље у породици, злостављање или занемаривање детета), а биолошки отац има намеру да утвди правну везу и врши родитељско право.

Уколико би се дозволило да мушкарац који сматра да је отац детета, кад оспори очинство мужа мајке, стекне родитељско право (пре свега право на контакт са дететом) без испитивања корисности његовог вршења родитељског права по интересе детета, сматрамо да постојање формираног породичног живота детета има јачу правну снагу над правом биолошког оца да врши родитељско право. Јер, с друге стране, кад биолошки отац утврди порекло детета кад очинство детета није утврђено, дозвољавање вршења родитељског права је оправдано с обзиром на то да се конституишу сва права која су у

[52] Међутим, исто тако се истиче да је намера као правни критеријум за утврђивање родитељства веома непоуздана, да варира и да се може мењати, што не доприноси стабилности. – Angela Campbell, „Conceiving Parents Through Law“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2007, 261. Намера је, насупрот биолошком објективном критеријуму, субјективног карактера.

[53] Тако и у случају *G. v Netherlands*, пред. бр. 16944/90, одлука Комисије од 8. фебруара 1993. године. Комисија је нашла да сама биолошка веза не рађа право на поштовање породичног живота. О овом случају: David Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 373; Ursula Kilkelly, *The Right to respect for private and family life*, Strasbourg 2003, 18. За супротан став Европског суда за људска права вид. *Keegan v. Ireland*, пред. бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994. године.

интересу детета, као и облигација издржавања,[54] која до тада није постојала. Додатно, дете нема оца и већ формиран породични живот са својим оцем, као у претходном случају, те се претпоставља као интерес детета вршење родитељског права (осим у случају неподобности тог родитеља, или већ постојећег насиља према мајци или детету). Такође, применом теста корисности по интересе детета, не налазимо да би утврђивањем порекла детета постављање захтева за вршењем родитељског права било у супротности са интересима детета с обзиром на то да дете нема формиран породични живот са другим, правним оцем. Као што ћемо видети касније, и ЕСЉП примењује тест корисности по интересе детета у процени да ли је одбијање захтева за утврђивање порекла детета (и накнадно вршење родитељског права) повредило право на поштовање породичног живота. То је битно другачија ситуација у односу на ону када дете има утврђено очинство, правног оца који га издржава и формиран породични живот са њим.

Оваква решења српског законодавства потпуно су у складу са правом детета да сазна своје порекло из Конвенције о правима детета, али не уважавају у пуној мери интересе детета оличене у стабилности породичног живота. На тај начин, омогућавањем ванбрачном оцу да оспоравањем порекла детета, по правилу, има предност вршења родитељског права у односу на дотаташњег правног, социјалног оца, могуће је угрозити стабилност детета, која се неретко истиче као врховни принцип код заштите детета идентичан принципу најбољег интереса детета.[55]

6. КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА

Два међународна документа која имају пресудан утицај за права детета на међународном, односно европском правном подручју су: Конвенција о правима детета и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (о којој ће бити речи у следећем делу рада).

Конвенција о правима детета усвојена је 20. новембра 1989. године у Уједињеним нацијама, а ступила је на снагу 2. септембра

[54] Тако: Wendy M. Schrama, „Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children born in informal relationships“, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2009, 126.

[55] О томе да принцип најбољег интереса детета у српском праву нема карактер уставног принципа, а треба да постане: Олга Цвејић-Јанчић, „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породично-правних односа“, *Правни живот* 10/2014, 13.

1990. године.[56] Она представља најсвеобухватнији међународни правни акт који се односи на права и заштиту деце. Стога, свака озбиљна анализа неког права детета не може да заобиђе овај документ. Конвенција о правима детета представља документ који намеће обавезе државама које су га ратификовале, и то тако што ће предвидети и осигурати права из Конвенције за свако дете у оквиру своје надлежности, предузимањем свих неопходних законодавних, административних и других мера.[57] Овакав приступ је имао и наш законодавац кад је у Породични закон Србије унео право детета да сазна сопствено порекло.[58] Ипак, не постоје санкције (осим преко Комитета за заштиту права детета) у буквалном смислу (барем не као у поступку пред ЕСЉП против државе потписнице ЕКЉП), којима би држава која не испуњава стандарде била директно изложена. Право на сазнање порекла, уз право детета на живот и здравље, право да живи са својим родитељима, право на развој и образовање, право на телесни, душевни и емоционални развој, спада у изворна права детета из Конвенције о правима детета.[59]

Наводи се да, иако експлицитно не предвиђа право детета на сазнање порекла, Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, у члановима 17 и 24, предвиђа право на приватност и право на регистрацију након рођења – права из којих настаје, деривира, право на сазнање порекла.[60]

Према члану 7 Конвенције о правима детета, дете ће бити регистровано одмах након рођења и имаће од рођења право на име, право на стицање држављанства и колико је то могуће, право да зна ко су му родитељи и право на њихово старање. Стране уговорнице ће обезбедити примену ових права у складу са својим националним законом и својим обавезама посредством одговарајућих међународних инструмената из ове области, посебно у случајевима у којима би дете, у супротном, било апатрид.

Конвенција предвиђа да се стране уговорнице обавезују да поштују право детета на очување идентитета, укључујући држав-

---

56 Резолуција Генералне Скупштине УН бр. А/44/736.

57 Laura Lundy, Ursula Kilkelly, Bronagh Byrne, „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review“, *International Journal of Children's Rights* 3/2013, 443.

58 СФРЈ (касније Србија) једна је од 196 држава које су ратификовале Конвенцију о правима детета. Иако су 16. фебруара 1995. године потписале, САД су једина држава чланица Уједињених нација која још увек није ратификовала ову Конвенцију.

59 Мира Алинчић *et al.*, *Обитељско право*, Загреб 2007, 229.

60 Samantha Besson, „Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights“, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2007, 141.

љанство, име и породичне односе, у складу са законом, без незаконитог мешања.[61] Конвенција о правима детета стоји на становишту да је биолошка веза примарна и да дете има искључиво право да сазна порекло,[62] без улажења у то да ли би утврђивање новог, односно оспоравање претходног порекла било у интересу детета. Дете има интерес да сазна порекло и са аспекта медицинских импликација, имајући у виду постојање наследних болести.[63] Ипак, посматрајући право детета да сазна своје порекло у садејству са правом на стабилност породичног живота, Конвенција не говори посебно о постојању породичног живота детета и већ формиране породичне стабилности. Ипак, наводи се да дете има право да редовно одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности са најбољим интересима детета (члан 9, став 3), као и да оба родитеља имају заједничку одговорност у подизању и развоју детета (члан 18, став 1).

Значај Конвенције о правима детета на европском подручју подвлачи, пре свега, члан 24 Повеље о темељним правима Европске уније, а потом и Агенда о правима детета Европске уније, где се каже да правила која се директно или индиректно односе на децу треба да буду уобличена и да се примењују имајући у виду принцип најбољег интереса детета предвиђеног у Конвенцији о правима детета.

У савремено доба утицај Конвенције о правима детета све више се огледа у поступању судских институција на европском правном подручју. Неспорно је да ЕСЉП под утицајем Конвенције о правима детета настоји да постигне интерпретацију одредаба ЕКЉП које имају у фокусу дете. Конвенција о правима детета има улогу да у тумачењу одредаба ЕКЉП доведе до највишег нивоа заштите права детета имајући у виду оба међународна уговора.[64] ЕСЉП се у великом броју пресуда у одлучивању о повреди права на поштовање породичног живота позивао на одредбе и стандарде из Конвенције о правима детета (*Sahin* против Немачке – општи стандарди; *K. T.* против Норвешке – члан 9; *Nylund* против Финске; *Keegan* против Ирске – члан 7; *Sahin* против Немачке; *Sommerfeld* против Немачке – члан 12).

---

[61] Конвенција о правима детета, чл. 8.

[62] Balázs Somfai, „The Right of the Child to Parentage (Descent)“, *European Challenges in Contemporary Family Law* (eds. K. Boele-Woelki, Tone Sverdrup), Antwerpen 2008, 94.

[63] Mhairi Cowden, „No Harm, No Foul: A Child’s Right to Know Their Genetics Parents“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2012, 107.

[64] Helen Stalford, *Children and the European Union*, Oxford 2012, 39.

7. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Конвенција, ЕКЉП) представља међународни уговор, акт Савета Европе, који је потписан у Риму 4. новембра 1950. године. На снагу је ступио након три године, 3. септембра 1953. године, у тренутку кад га је потписало 15 држава чланица Савета Европе. Потписнице Конвенције су све државе чланице Савета Европе. Конвенцијом се предвиђају материјална и процесна права, која се у случају повреде од држава чланица штите пред Европским судом за људска права, као и механизми надзора над применом одредаба Конвенције. Након Конвенције донето је и 14 протокола уз њу. За породично право значајна су три члана: право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8), право на склапање брака (члан 12) и забрана дискриминације (члан 14). Србија (државна заједница Србија и Црна Гора) ратификовала је ЕКЉП у априлу 2003. године.[65] Пресуде ЕСЉП обавезују државу Србију.[66] Пракса Суда у Стразбуру, као званичног тумача одредаба ЕКЉП, има већи значај од праксе Комитета за заштиту права детета у оквиру УН, посебно имајући у виду обимну судску праксу ЕСЉП о правима детета.

ЕСЉП се у многим случајевима изјашњавао како о процедуралним, тако и о материјалним правима поводом утврђивања и оспоравања порекла детета, те стицања родитељског права ванбрачних очева. Временско ограничење оспоравања брачног очинства од ванбрачног оца није у супротности са чланом 8 Конвенције (*Rasmussen* против Данске).[67] Међутим, ако је муж мајке савестан сопственог очинства, немогућност оспоравања брачног очинства након истека законског рока повлачи повреду члана 8 Конвенције

[65] *Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори*, бр. 9/2003. Осим Конвенције, Србија и Црна Гора ратификовала је још: Први протокол од 20. марта 1952, године, Протокол број 4 који обезбеђује одређена права и слободе које нису укључене у Конвенцију од 16. септембра 1963. године и Први протокол уз њу, Протокол број 6 о укидању смртне казне од 28. априла 1983. године, Протокол број 7, Протокол број 12 и Протокол број 13 о укидању смртне казне у свим околностима.

[66] О обавезујућој улози пресуда ЕСЉП на домаће право говори и Уставни суд Немачке, који је поводом случаја *Görgülü*, навео да „у немачком правном систему ЕКЉП има положај федералног закона и мора бити узета у обзир при тумачењу домаћег права. Пресуде ЕСЉП имају обавезујући карактер за све државне органе и намећу обавезу да у оквиру своје надлежности спрече континуирану повреду Конвенције и створе ситуацију која је у складу са Конвенцијом“. Вид. Andreas Hanke, „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court of Human Rights“, *Family Law Quarterly* 3/2001, 359.

[67] *Rasmussen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

(*Shofman* против Русије).[68] За процену Суда, суштинска чињеница је савесност оца, јер је претходно утврђено да, ако је отац знао да дете није његово и није покренуо поступак у законском року, одбијање оспоравања очинства није противно Конвенцији (*Yildirim* против Аустрије[69] и *Rasmussen* против Данске).[70]

Наше право потпуно поштује захтев из ЕКЉП да дете, без обзира на рок, може да поднесе тужбу којом захтева утврђивање или оспоравање свог порекла. ЕСЉП је прописивање рока у коме дете може да утврди/оспори порекло нашао противним праву на поштовање приватног живота (*Phinikaradou* против Кипра).[71] Да би се потенцијалном биолошком оцу омогућило обарање претпоставке о брачном очинству, неопходно је да он успостави породични живот са дететом и да захтева вршење родитељског права (*M. B.* против Уједињеног Краљевства).[72] Одбијање контакта биолошког оца и детета у случају када његово очинство није утврђено, без разматрања да ли би контакт био у интересу детета, али и интересу биолошког оца, представља повреду права на поштовање породичног живота (*Schneider* против Немачке).[73] Идентично је ЕСЉП нашао и у случајевима *Elsholz* против Немачке[74] и *Anayo* против Немачке.[75] Међутим, у друга два случаја, *Sahin* против Немачке[76] и *Sommerfeld* против Немачке,[77] ЕСЉП налази супротно – у случају противљења мајке контакту детета и ванбрачног оца[78] и каснијег противљења детета контакту са ванбрачним оцем, одбијање да се досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета, као и несаслушање детета

[68] *Shofman v Russia*, пред. бр. 74826/01, пресуда од 24. новембра 2005. године.

[69] *Yildirim v Austria*, пред. бр. 34308/96, пресуда од 19. октобра 1999. године. Видети и случај *X. and others v Austria*, пред. бр. 19010/07, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

[70] *Rasmunssen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

[71] *Phinikaridou v Cyprus*, пред. бр. 23890/02, пресуда од 20. децембра 2007. године.

[72] *M. B. v United Kingdom*, пред. бр. 22920/93, пресуда од 6. априла 1994. године.

[73] *Schneider v Germany*, пред. бр. 17080/07, пресуда од 15. септембра 2011. године.

[74] *Elsholz v Germany*, пред. бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године.

[75] *Anayo v Germany*, пред. бр. 20578/07, пресуда од 21. марта 2011. године.

[76] *Sahin v Germany*, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

[77] *Sommerfeld v Germany*, пред. бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

[78] О противљењу мајке контакту детета и оца у Аустралији и проблему тзв. *no contact* мајки, Helen Rhoades, „The 'No Contact Mother': Reconstructions of Motherhood in the Era of the 'New father'", *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2002, 80.

пред судом не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.[79]

8. ЗАКЉУЧАК

У складу са стандардима усвојеним у пресудама ЕСЉП, предлажемо да наше право уважи елементе који су у интересу детета и да се у одлучивању о захтеву ванбрачног оца за вршењем родитељског права уваже критеријуми посвећености биолошког (ванбрачног) оца за вршење родитељског права – постојање заједнице живота родитеља пре, током или након рођења детета, постојање личног односа са дететом или мајком детета, интересовање биолошког оца за дете и поред противљења мајке. Најсложенија је ситуација кад дете већ има формиран породични живот са правним оцем или ванбрачним партнером мајке, а биолошки отац је остваривао личне односе са дететом, или је само показивао намеру да оствари личне односе, али се то није догодило због противљења мајке или детета. Сматрамо да дете има право да сазна своје порекло и да мушкарац има право да утврди биолошку везу са дететом, али да би стицање родитељског права биолошког оца, без испитивања свих околности, било супротно интересима детета. Питање је да ли се захтев за вршење родитељског права посматра из аспекта детета или биолошког родитеља. Ако се посматра из угла најбољег интереса детета, а дете има формиран породични живот са правним оцем и снажно и константно се противи одржавању личних односа са биолошким оцем, захтев треба одбити. Стојимо на становишту да тај захтев треба оцењивати пре свега, из угла дететових интереса, што је решење предвиђено у енглеском праву.

Такође, поводом овлашћења енглеских судова да испитују мотиве ванбрачног оца да тражи меру вршења родитељског права, предлажемо, у складу са обавезом из члана 205 Породичног закона о проширеној примени истражног начела у породичним (патернитетским) споровима, да судови у Србији у одлучивању о захтеву мушкарца који жели да врши родитељско право након оспореног брачног или признатог ванбрачног очинства треба да испитају разлоге услед којих он подноси захтев којим би стекао родитељско право.[80] Додатно би се испунила и обавеза да се суд руководи најбољим интересом

[79] Супротно, у енглеском праву судови могу и поред противљења детета контакту са ванбрачним оцем наметнути такву обавезу детету. – М. Драшкић (2011b), 93.

[80] М. Драшкић (2007), 133. „Другим речима, суд увек мора испитати да ли је тврдња једне парничне странке истинита, без обзира на то што је друга страна не оспорава, односно признаје, *као што мора испитати и оно што ниједна од странака не предлаже*“ (курзив У. Н.).

детета у свим поступцима који се односе на дете (чл. 6 и 266 Породичног закона), те да се омогућавање, односно одбијање вршења родитељског права посматра првенствено из угла детета и његове стабилности.

У судском одлучивању треба додатно конкретизовати правило да се обарањем претпоставке о брачном очинству мужа мајке родитељско право стиче само уз постојање додатних околности, попут социјалних веза мушкарца који то чини и детета. Непостојање могућности да се оспори порекло детета, и према стандардима ЕСЉП, повреда је права детета да сазна порекло и права мушкарца који тврди да је отац детета да успостави правну везу са дететом. Сматрамо да предност у стицању родитељског права треба да има биолошка веза, али само биолошка веза одређеног социјалног квалитета, тачније биолошка веза која повлачи социјалне чињенице. У супротном, у случају колизије биолошке везе и формиране социјалне везе оличене у правном признању детета, превагу треба да односе стабилност породичног живота детета и социјална веза.

Имајући у виду обавезу држава потписница Конвенције о правима детета да омогуће детету да утврди своје порекло у односу на родитеље, то не мора и не треба да повлачи обавезу да се омогући контакт детета и оца и стицање родитељског права уколико то не би било у интересу детета. То се односи на случај кад дете већ има оформљен породични живот са правним оцем.

Наше право недовољним уважавањем чињеница оформљеног породичног живота правног оца и детета, квалитета тог односа, намере мушкарца да врши родитељско право у односу на дете и постојања породичног живота између њих, не води рачуна у довољној мери о интересима детета и даје претежни значај праву на утврђивање биолошке истине над правом на поштовање породичног живота детета. Право на сазнање порекла детета свакако је важан сегмент права детета, али само ако се посматра као шире право на стабилност детета и право на поштовање породичног живота детета.

С друге стране посматрано, правни отац и након сазнања да није биолошки отац може, али не мора да оспори своје порекло. Њему је након сазнања остављена могућност да оспори порекло – ако он то жели, треба да му буде пружена могућност, иако посматрано из аспекта детета и његовог права на поштовање породичног живота, то можда не би било корисно. У супротном, забрана оспоравања порекла на страни мужа или ванбрачног партнера мајке повлачила би повреду његовог права на поштовање приватног живота. Такав став је заузет и у пресуди ЕСЉП *Shofman* против Русије.

У свим случајевима кад се стицање родитељског права (као у немачком праву) условљава(ло) сагласношћу мајке, треба проценити да ли је то у сагласности са интересима детета. У супротном, ако

се не би вршила процена на основу интереса детета, једној страни, мајци, била би неоправдано дата неограничена власт у вршењу родитељског права. Идентично неправичан резултат је и супротно решење (као у српском праву), кад се дозвољава, без процене по интересе детета, да једна страна, мушкарац који тврди да је отац детета, оспоравањем очинства и утврђивањем свог очинства стекне родитељско право. Његови путативни мотиви оличени у намери да разгради постојећи породични живот, како детета, тако и мужа мајке и мајке, били би правно подржани. Тиме се дозвољава да се независно од мотива и намера биолошког оца породични живот детета угрози.

Посматрајући решења немачког права у поређењу са принципима *CEFL*, дозвољавањем да ванбрачни отац утврди очинство и стекне родитељско право, мајка не губи много од својих овлашћења према детету, оно се и даље налази код ње, она га свакодневно негује, непосредно се стара о њему, док, с друге стране, дете и ванбрачни отац добијају извесна права. Дете зна ко му је отац и има право да одржава личне односе са њим, а отац има законска права према детету и право на контакт са њим. Налазимо да је прагматични приступ немачког права умногоме занемарио три битна сегмента: интересе и права детета, правичност и (људска) права ванбрачног оца. На становишту смо да је правичније решење, уколико се покаже да ванбрачни отац не врши родитељско право на адекватан начин или га не врши уопште, да буде лишен родитељског права, него да ниједан ванбрачни отац нема прилику да стекне родитељско право. Немачки систем је опрезан да ли треба дозволити вршење родитељског права ако нема сагласности ванбрачних родитеља, док већина европских законодавстава, укључујући и наше, „лакше" додељује родитељско право ванбрачном оцу, али оно исто тако може бити одузето ако се не врши правилно.

Право детета на сазнање порекла из члана 7 Конвеције о правима детета (прописано пре готово 30 година), посебно у светлу доступности савремених техника утврђивања порекла (ДНК), треба посматрати уз уважавање друштвене реалности и породичног статуса детета. Занемаривање социјалног аспекта положаја детета у породици, при примени права из Конвенције о правима детета пре би могло довести до угрожавања интереса детета, него до заштите његових права.

Сматрамо да и српско и немачко право у недовољној мери уважавају интересе детета. Српско, пружањем слабе заштите детету и његовом већ формираном породичном животу на рачун права биолошког оца да без ограничења стекне родитељско право, а немачко, придавањем претежног утицаја праву мајке на рачун права детета

и права ванбрачног оца. Немачко и српско право пре свега оцењују интересе и личне односе родитеља (бивших супружника), док је у енглеском праву у фокусу дете.

Имајући у виду праксу ЕСЉП, као контролног органа и главног тумача Европске конвенције о људским правима, гласноговорника европских (породичних) вредности, према немачком приступу овој области, наметнула се једна од две могућности: или ће немачки законодавац приступити реформи законодавства (судови ће поштовати стандарде из пресуда ЕСЉП) и уважити права ванбрачних очева или ће ЕСЉП наставити да утврђује повреду права на поштовање породичног живота у вези са правом на равноправност ванбрачних очева. Немачки законодавац је реформом *BGB* показао да је након бројних пресуда уважио стандарде ЕСЉП и, иако и даље под рестриктивним условима, ослабио правило да без сагласности мајке ванбрачни отац не стиче родитељско право. Тиме су „европски стандарди" показали колику јачину имају у односу на један тако чврст, конзистентан и конзервативан национални систем по питању вршења родитељског права ванбрачних очева, као што је немачки. На судској пракси је сада да покаже колико ће тежак *onus probandi* бити на страни мајке да је вршење родитељског права противно интересу детета. Тачније, да ли су немачки судови спремни да учине значајан заокрет у односу на доскорашњу праксу, која је и узроковала „санкције из Стразбура". Енглески законодавац, као и у многим областима, задржао је универзалан приступ – да аутоматски не признаје родитељско право ванбрачног оца, али да, кад то околности намећу, дозволи стицање мере вршења родитељског права. Српски законодавац даје неограничену власт биолошком оцу на рачун интереса детета, те сматрамо да наши судови треба да се држе стандарда постављених у пресудама ЕСЉП и дозволе стицање родитељског права уз постојање додатних околности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Алинчић, М. *et al*., *Обитељско право*, Загреб 2007. (Alinčić, M. *et al*., *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2007)

Antokolskaya, M., „Family Values and the Harmonization of Family Law", *Family Law and Family Values* (eds. M. Maclean, J, Eekelaar), Oxford 2005.

Besson, S., „Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2007.

Boele-Woelki, K. *et al*., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007.

Booth, P., „English Law and Cohabitation – Property and Other Issues in Cohabiting Situations“, *Pravni život* 10/2009.

Bradley, D., „Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdictions – Determinants of Legal Policy“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.

Britz, G., „Biological and Social Parenthood“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge 2014.

Budzikiewicz, Ch., „Contracting on Parentage“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge 2014.

Campbell, A., „Conceiving Parents Through Law“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2007.

Choudhry, Sh., Herring, J., *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010.

Cowden, M., „No Harm, No Foul: A Child's Right to Know Their Genetics Parents“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2012.

Цвејић-Јанчић, О., „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породично-правних односа“, *Правни живот* 10/2014. (Cvejić-Jančić, O., „Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa“, *Pravni život* 10/2014)

De Cruz, P., *Family Law, Sex and Society*, London 2010.

Dempsey, D., „Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2004.

Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд 2011. (Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2011)

Драшкић, М., „Оспоравање и утврђивање очинства пресудом на основу признања: незаконита пракса београдских судова“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2007. (Draškić, M., „Osporavanje i utvrđivanje očinstva presudom na osnovu priznanja: nezakonita praksa beogradskih sudova“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2007)

Драшкић, М., „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), Београд 2011. (Draškić, M., „Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa bliskim osobama“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. S. Lilić), Beograd 2011)

Epstein, A. S., „The Parent Trap: Should a Man Be Allowed to Recoup Child Support Payments if He Discovers He Is Not the Biological Father of the Child“, *Brandeis Law Journal* 3/2004.

Hanke, A., „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court of Human Rights“, *Family Law Quarterly* 3/2001.

Harris, D. *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009.

Јањић-Комар, М., „Начело равноправности деце рођене у браку и деце рођене ван брака у нашем праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/77. (Janjić-Komar, M., „Načelo ravnopravnosti dece rođene u braku i dece rođene van braka u našem pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 6/77)

Kilkelly, U., *The Right to respect for private and family life*, Strasbourg 2003.

Ковачек-Станић, Г., „Аутономија *версус* материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011. (Kovaček-Stanić, G., „Autonomija *versus* materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011)

Kovaček-Stanić, G., „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights* 4/2009.

Lewis, J., „Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.

Liu, H.-E., „Mother or Father: Who Receive Custody? The Best Interest of the Child Standard and Judge's Custody Decisions in Taiwan“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2001.

Lundy, L., Kilkelly, U., Byrne, B., „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review“, *International Journal of Children's Rights* 3/2013.

McGlynn, C., *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge 2006.

Ostner, I., „Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.

Parkinson, P. *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge 2011.

Pintens, W., „Europeanisation of Family Law“, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2003.

Probert, R., *Cretney and Probert's Family Law*, London 2009.

Reece, H., „Degradation of Parental Responsibility“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Oxford 2009.

Rhoades, H., „The 'No Contact Mother': Reconstructions of Motherhood in the Era of the 'New father'“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2002.

Ристов, А., Кочковска, К., „Кратак преглед законодавства у Републици Македонији и Конвенције о правима детета и тренутни правци развоја македонског Породичног закона“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. С. Стјепановић, *et al.*), Источно Сарајево 2012. (Ristov, A., Kočkovska, K., „Kratak pregled zakonodavstva u Republici Makedoniji i Konvencije o pravima deteta i trenutni pravci razvoja makedonskog Porodičnog zakona“, *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. S. Stjepanović, *et al.*), Istočno Sarajevo 2012)

Scherpe, J. M., „Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Oxford 2009.

Schrama, W. M., „Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children born in informal relationships“, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2009.

Sheldon, S., „Unmarried Fathers and Parental Responsibility: A Case for Reform?“, *Feminist Legal Studies* 2/2001.

Somfai, B., „The Right of the Child to Parentage (Descent)“, *European Challenges in Contemporary Family Law* (eds. K. Boele-Woelki, T. Sverdrup), Antwerpen 2008.

Stalford, H., *Children and the European Union*, Oxford 2012.

Стевановић, Н., „Оспоравање очинства“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006. (N. Stevanović, „Osporavanje očinstva“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Kragujevac 2006)

Видић, Ј., „Правно регулисање дејстава ванбрачних заједница у Србији, Словенији, Хрватској и Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006. (J.

Vidić, „Pravno regulisanje dejstava vanbračnih zajednica u Srbiji, Sloveniji, Hrvatskoj i Makedoniji“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Kragujevac 2006)

Voegeli, W., „Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany“, *Family Law and Family Values* (eds. M. Maclean, J. Eekelaar), Oxford 2005.

Uroš Novaković, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE CASE OF ESTABLISHING/CONTESTING PATERNITY– THREE APPROACHES: GERMAN, ENGLISH AND SERBIAN LAW

Summary

Although the right to know his origin is envisaged, primarily, as a right of the child, decision establishing/contesting child's origin applies to all parties in the proceedings – the child, the child's mother, child's father and the man whose paternity is being established. In most European legislations there are principles proclaiming equality of legitimate and illegitimate children. German law predicted, until modifications of the *Bürgerliches Gesetzbuch* in 2013, that if illegitimate mother refuse to give consent to illegitimate father, there is no possibility that he acquires parental rights or a right to contact with the child. German law considers that acquisition of the parental rights of illegitimate father against the will of the mother would be contrary to the best interests of the child. In England, when deciding parental responsibility order, courts consider following criteria: the degree of father commitment to the child, the degree of association between child and the father and the reasons illegitimate father seek parental responsibility order. The Serbian law (except time limit) provides no restrictions of biological father to establish origin in relation to the child and thus acquire parental responsibility. Serbian legislative solutions are completely in the line with the Convention on the Rights of the Child, but do not accept the right to respect for family life of the child and his legal father. The author suggests, in accordance with the obligation in Article 205 of the Serbian Family Act – extended application of investigative principle within the family (paternity) proceedings, that courts in Serbia, questioning request of the man who challenged marital paternity or disputed recognized illegitimate paternity, and intends to

acquire parental responsibility examine the reasons due to which he submitted this request. This would further fulfill an obligation of the court to examine best interest of the child principle in all proceedings concerning child (art. 6 and 266 of the Serbian Family Code), thus to allow or refuse exercise of parental responsibility, primarily from the perspective of the child's stability.

Key words: *Child's origin. − Best interest of the child. − Parental responsibility. − Extramarital father. − Right to respect for family life.*

Article history:
Received: 31. 3. 2017.
Accepted: 12. 6. 2017.

УДК 349.23/.24(497.11); 342.738

CERIF: S146

Јелена Даниловић*

ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ

Питање права на приватност запослених добија значај развојем различитих средстава надзора и контроле у XXI веку. Регулатива заштите података о личности у Србији нова је и недоречена, а пракса надлежних органа у зачетку, што отвара врата многим дискусијама и практичним проблемима. У овом раду покушавамо да систематизујемо и критички размотримо постојећа теоријска, законска и практична решења битна за разумевање права на приватност запослених у Србији почетком XXI века. Рад подељен је у две главне целине: у првом делу постављамо теоријски и законодавни оквир права на приватност запослених, а у другом делу анализирамо правни стандард разумно очекиване приватности и износимо могуће смернице за практичну имплементацију тог стандарда. У раду се заступа хипотеза да је начело разумно очекиване приватности, какво је развијено у европској пракси, кључно за разумевање и заштиту права на приватност запослених.

Кључне речи: *Право на приватност. – Радни однос. – Подаци о личности.*

1. УВОД

Питање права на приватност једно је од горућих питања у савременој пракси. Убрзан развој информационих технологија, средстава комуникације и надзора крајем XX и почетком XXI века довео је до обраде великог броја најразличитијих информација у реалном времену, што повећава ризик угрожавања података о личности. Мада велика и брза доступност података генерално поспешује људску интеракцију, она такође носи и ризик да информације из било чијег приватног живота (намерно или случајно) буду предмет увида или злоупотребе од непозваних лица.

* Ауторка је мастер правник и студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, *jelena53c@gmail.com*

Развој адекватног правног одговора на те ризике није једноставан. Први проблеми се јављају већ у покушају да се дефинише право на приватност, с обзиром на тешкоће у изоловању термина који би био чисто правни и слободан од психолошких или друштвених импликација. Као и други основни концепти, и приватност представља један „празан“ појам који се испуњава садржином тек када се стави у одређени друштвени контекст, са чим се слажу и теоретичари попут Данијела Џ. Салова (*Daniel J. Solove*).[1] Право на приватност није апсолутно, већ се његове границе увек одређују према околностима у којима се посматра.[2] Уколико границе права на приватност посматрамо у оквирима радног односа, ствари се додатно компликују, пошто радни однос сам по себи установљава субординацију запосленог, због чега и идеја приватности трпи модификације.

Колико је комплексно наћи одговор на то питање, показују неки илустративни примери из локалне адвокатске праксе.[3]

а) Запослени је на свом *LinkedIn* профилу (који је отворен путем пословног мејла и лозинке и на коме се идентификује као менаџер код послодавца) комуницирао са директним конкурентом послодавца. Почетна комуникација је видљива свим корисницима *LinkedIn*-а, али након тога запослени за „додатну пословну причу“ позива конкурента на размену приватних порука на *LinkedIn*-у. Послодавац сумња да је у питању одавање поверљивих информација, али је спорно да ли послодавац уопште има право да проверава приватну комуникацију запосленог.

б) Запослени код послодавца могу да користе службене аутомобиле искључиво за пословне сврхе и само у току радног времена. Возила су опремљена ГПС системом који шаље податке о локацији у сваком тренутку. Примећено је да један запослени у току радног времена користи аутомобил више него што је оправдано потребама посла, а анализа ГПС-а је показала да га користи у приватне сврхе, у току и ван радног времена. Спорно је да ли се ти подаци могу користити као грађа за отказ ако запослени није знао да се на тај начин прикупљају подаци о његовом кретању.

Детаљна правна анализа таквих упита показује практичне недостатке и недоречености постојеће регулативе, која не даје једноставне одговоре на та питања. Због тога је потребно систематичније, дубинско испитивање саме идеје права на приватност запослених.

---

[1] Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge 2008, 9.

[2] Другачији су, рецимо, разлози и ограничења права на приватност у погледу заштите од тероризма и у погледу могућности новинара да сазнају информације о славним личностима.

[3] Наведени су примери из праксе са којима се сусрео аутор у свом вешегодишњем бављењу адвокатуром.

За сврху ове анализе, право на приватност запослених посматрамо као право на заштиту података о личности запослених на радном месту, у складу са важећом регулативом. Јасно је да „запослени не напуштају своје право на приватност (...) сваког јутра на вратима радног места“,[4] али је дискутабилно где су границе тог права.

2. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ

У чувеном чланку са краја XIX века[5] правници Семјуел Д. Ворен (*Samuel D. Warren*) и Луис Д. Брандајс (*Louis D. Brandeis*) наводе да „недавни изуми и пословни методи захтевају да се обрати пажња на следећи корак који се мора учинити ради заштите личности и осигурања права појединца (...) да ‘*буде остављен на миру*’“.[6]

Иако се сматра да је тим делом постављен камен-темељац теоријском изучавању права на приватност, ипак се временска одредница у којој је настала поменута идеја не може занемарити. С краја XIX века могућа инвазија на сферу нечије приватности могла је бити учињена само на пасивном субјекту, који је жртва злоупотребе одређених техничких изума (телефона, фотографског апарата), чије примене често није свестан или их не жели.[7] Данас то увелико није случај. Друштвене мреже попут *Facebook*-а, *Twitter*-а, *LinkedIn*-а, бројни блогови итд. довели су до тога да су корисници технологије активни ствараоци садржаја о себи па се чини се да се корисници тих медија свесно и вољно одричу права на приватност у смислу захтева „да буду остављени на миру“.

Осим тога, право да се буде остављен на миру је у тој теорији ограничено само свесним или вољним одступањем од приватности (на пример, ако је особа сама објавила своје информације или дала пристанак да се објаве, ако је у питању позната ствар итд.).[8] Међутим, нису размотрени други оправдани интереси који могу

[4] Article 29 Working party, Working document on surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace, *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf*, 23. март 2017.

[5] Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, „The Right to Privacy“, *Harvard Law Review* IV, 5/1890, 195.

[6] Аутори чланка упућују на то да је право на приватност на овај начин пре њих формулисао судија Thomas Cooley у својој пракси. Ипак, S. D. Warren и L. D. Brandeis се данас сматрају ауторима који су разрадили, систематизовали и популарисали ту идеју, те се појам обично везује за њихов чланак.

[7] У чланку су узети у обзир новинари „жуте штампе“ и њихово прекорачење „очигледних граница приватности и пристојности“.

[8] S. D. Warren, L. D. Brandeis, 214–219.

имати специфичну тежину у односу на право приватности – као што су интереси послодавца наспрам интереса запослених. Ипак, узевши у обзир време настанка чланка, када су права која се признају запосленима тек минимална, сасвим је разумљиво што поменути аутори нису ни разматрали питање тих односа.

Неки каснији теоретичари, као Џудит Џарвис Томсон (*Judith Jarvis Thomson*), тврдили су да нема потребе за дефинисањем права на приватност као посебног, изведеног права јер се оно што се сматра угрожавањем права на приватност редовно може подвести под неке више категорије (на пример, угрожавање права на живот, права на имовину, права на слободу итд.).[9] Међутим, та теорија није широко прихваћена, с обзиром на потребу да се у пракси одреди и заштити сфера људске приватности. Осим тога, поједина правна правила увек је могуће подвести под опште правне принципе, све до највишег принципа правде. То не значи да ипак не треба посебно препознати и заштитити приватност.

Данас је општеприхваћено да право на приватност заиста представља посебно право које се не може потпуно изједначити са неким другим правом. Међутим, иницијална идеја приватности као права „да се буде остављен на миру" претрпела је промене. Јављају се новије теорије које посматрају приватност као активну а не пасивну вредност – не као забрану од упада других у приватни живот већ као право на контролу информација о свом животу.[10] Тако се право на приватност у скоријим теоријама дефинише као право: (1) да се очува одређени лични домен (тело, дом, мисли, осећања, тајне и идентитет) и (2) да се одабере и контролише којим деловима тог домена други могу приступити.[11] Контрола овде подразумева да онај ко објављује податке из свог личног домена може (сам) да одлучи у којој мери, када и на који начин ће други користити такве податке. Слично томе, Филип Бреј (*Philip Brey*) дефинише приватност као право лица да контролише приступ других у своју сферу приватности, сматрајући да тако дефинисана приватност не захтева веће усаглашавање са интересима других и да се може ограничити само уколико постоје нарочито добри разлози за такво ограничење.[12]

Ипак, сматрамо да би и теорије активне контроле приватности морале да претрпе критику у оквирима савременог радног односа.

---

[9] Judith Jarvis Thomson, „The Right to Privacy", *Philosophy and Public Affairs* IV, 4/1975, 312.

[10] Virginia Mantouvalou, „Life after Work: Privacy and Dismissal", *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 5/2008, 3.

[11] Yael Onn *et al.*, *Privacy in the Digital Environment*, Haifa 2005, 12.

[12] Philip Brey, „The Importance of Workplace Privacy", *The Ethics of Workplace Privacy* (eds. S. O. Hansson, E. Palm), Brisel 2005, 104–110.

Не треба сметнути са ума да у радном односу имамо послодавца као моћну другу страну наспрам запосленог. Упитно је да ли запослени има реалну могућност да очува одређени лични домен само на основу личне одлуке да одабере и контролише информације о себи, у случају јасне субординације у односу на послодавца.

Разматрање субординације у радном односу рађа и питање границе између приватног и професионалног живота. У таквој анализи у домаћој теорији Љубинка Ковачевић полази од начелног принципа да приватни живот запосленог може бити ограничен „на месту рада и у радно време, а да изван радног времена и места рада послодавчева (управљачка, нормативна и дисциплинска) власт, у начелу, не допире до запосленог и сфере његове аутономије, која се означава термином '*приватни живот*'".[13] Ипак, у истој анализи се указује на то да јасно и прецизно разграничење приватне и професионалне сфере према том критеријуму није једноставно – што због све флексибилнијег схватања радног времена, што због интензивног развоја облика рада који подразумевају удаљеност од места рада (рад на даљину, рад од куће). У ситуацијама када су приватни и пословни аспект живота временски и просторно чврсто испреплетани та подела не пружа адекватне смернице, па се уместо тога даље предлаже принцип релевантности – по коме је задирање у приватност запослених могуће само у мери у којој је то заиста потребно ради остваривања права и обавеза из радног односа. Ипак, како истиче Ковачевић, ни присталице те концепције не објашњавају како треба разумети тај апстрактни захтев у пракси.[14]

Треба поменути и различите теоријске поделе приватности – на пример, разликују се просторна приватност (која обухвата простор у коме особа води живот одвојено од других), информациона (када појединац одлучује коме ће и како саопштити информације о себи) и комуникациона (која се тиче различитих облика комуникације – дописивање, СМС, мејлови)[15]. Такође, раније је била заступљена подела на интимну сферу, приватну сферу и приватно-јавну сферу, али је та подела у последње време напуштена због тешкоћа разграничења у пракси, па се сада у теорији обично оперише јединственим појмом приватног живота.[16]

---

13 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013, 486

14 Љ. Ковачевић, „Радни однос и право на поштовање приватног живота", *Остваривање и заштита социјалних права*, зборник радова са Саветовања правника (ур. Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић), Београд 2010, 172,

15 Сенад Јашаревић, „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву", *Радно и социјално право* XX, 1/2016, 75.

16 Љ. Ковачевић (2013) 497.

Различите теорије права на приватност и даље не успевају да ухвате суштину тог појма[17] који притом очигледно еволуира. Стога сматрамо да је кориснији приступ разматрању права на приватност запослених тај да се пође од практичних аспеката радног односа и тренутне регулативе, да би затим анализом тог оквира дошли до кључних принципа тумачења концепта приватности на раду.

3. ПРИВАТНОСТ У ОКВИРИМА РАДНОГ ОДНОСА У СРБИЈИ

3.1. Специфичности радног односа у Србији у XXI веку

Уговор о раду је, према мишљењу неких теоретичара, „најљудскији међу свим осталима (...) И ниједан правни однос не представља у већем степену сам живот".[18] Ако је то случај, размотримо радни однос у Србији почетком XXI века.

У Србији је велики број људи незапослен – званична стопа незапослености радно способног становништва у последњих неколико година креће се приближно од 17% па до 14%.[19] Додатно, и они који су запослени имају мала примања – просечна зарада у Србији је у јануару 2017. године износила око 41.508 динара нето.[20] Ти подаци, заједно са чињеницом да велики број лица ради „на црно", непријављен, условљава општи осећај да је сама чињеница да неко има посао довољна, те да запослени немају много опција да контролишу услове рада. Уз то, синдикално организовање је све слабије и код приватних послодаваца постоји само по изузетку – углавном у приватизованим предузећима наслеђеним из претходног система. Осим тога, тамо где постоје, синдикати су све слабији и редуковани у бројности,[21] те се запослени најчешће налази сам у борби за своја права. У таквим околностима, велики број запослених све више времена у току дана проводи на послу, доступан је послодавцу и ван радног времена (путем мејла, мобилног телефона итд.), па је разумљиво да граница пословног и приватног бива све порознија за обе стране.

---

[17] „Можда је најупечатљивија ствар у вези са правом на приватност та да се чини да нико нема било какву јасну идеју шта је то у ствари." – J. J. Thomson, 295.

[18] Божидар С. Марковић, *Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права*, Београд 1995, 149.

[19] Завод за статистику, *http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=*2, 23. март 2017.

[20] *Ibid.*

[21] Неки медијски текстови на тему слабљења утицаја синдиката доступни су на *http://sindikalizam.org/2016/ 01/23/ prekarizacija-rada-i-slabljenje-sindikata*/, 23. март 2017.

При томе, послодавац може да користи разне технологије да би заштитио своју имовину и учинио пословање једноставнијим, ефикаснијим и контролисаним. Те технологије укључују, између осталог: телефоне (фиксне или мобилне), видео-надзор, ГПС системе, системе идентификације присуства запослених, коришћење интернета итд. Таква контрола нужно повлачи и одређени, мањи или већи, надзор над радом запослених и имплицира прикупљање најразличитијих података о њима – почевши од њихове физичке локације, преко њихових интеракција са другима до самог начина и садржаја њихове комуникације. Закон о раду[22] у члану 15 предвиђа као опште обавезе запослених да савесно и одговорно обављају послове на којима раде, да поштују организацију рада, услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза. Иако контрола радних активности запослених није сама по себи недозвољена, послодавци често на тај начин врло грубо повређују право на приватност запослених. У Србији не постоји студија која би дала прецизније податке о томе у којој мери послодавци надзиру запослене путем нових технологија, али како су се пред надлежним органима јавили случајеви полиграфских испитивања запослених и узимања биометријских података, можемо само замислити колико је изражено задирање у приватност запослених у другим случајевима.[23] У крајњој консеквенци, запослени могу чак и да буду санкционисани због нечега што су урадили у приватно време, ван просторија послодавца, што додатно усложава проблематику приватности на радном месту.

Коначно, свест о кршењу па и самом постојању права на приватност у радном односу у Србији је неразвијена. Осим случајева који су познатији због реакције повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности (у даљем тексту: повереник), о тој области се мало зна у широј јавности.

3.2. Правни оквир

Право на приватност формулисано је још у Универзалној декларацији о људским правима, којом је предвиђено да се нико не сме изложити „произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед", те да свако има

[22] Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17 – одлука УС.

[23] Родољуб Шабић, „Полиграфско испитивање – недозвољена обрада личних података", *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2403-poligrafsko-ispitivanje-nedozvoljena-obrada-licnih-podataka.html*, 23. март 2017; Р. Шабић, „Питања и одговори", *http://www.poverenik.rs/sr/pitanja-i-odgovori/ 1596-pitanja-i-odgovori.html*, 23. март 2017.

право на заштиту закона против таквог мешања и напада.[24] Практично исту формулацију садрже и касније конвенције које се заснивају на њеним принципима, као што су Међународни пакт о грађанским и политичким правима[25] и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП).[26] Сви ти акти штите приватни и породични живот, дом и преписку.[27]

Ипак, право на заштиту приватности није неприкосновено. ЕКЉП дозвољава могућност да се јавне власти мешају у вршење права на приватност, ако је то у складу са законом и у интересу безбедности, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

Касније је усвојена и Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података са циљем „да се прошири заштита основних права и слобода појединаца, посебно право поштовања приватности".[28] Конвенција даје конкретна упутства за закониту обраду личних података (захтевајући да је обрада законита, сразмерна, оправдана легитимном сврхом итд.), чиме се омогућује да се у контролисаним околностима и под прописаним условима одступи од начелне заштите приватности, ради поштовања права других лица.[29]

---

[24] Универзална декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948. године, чл. 12

[25] Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71, чл. 17

[26] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са протоколом бр. 11, протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, протокола бр. 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у конвенцију и први протокол уз њу, протокола бр. 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, протокола бр. 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, протокола бр. 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и протокола бр. 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10 и 10/15, чл. 8

[27] Међународни акти дефинишу право на приватни живот одвојено од права на приватност преписке, слободу мисли и савести или мишљења, иако су у теорији сва та права само облици права на приватност. Вид. P. Brey, 102. и Y. Onn *et al*., 12. Слично становиште износи и судија Боривоје Живковић у чланку „Право на приватност запосленог и видео надзор", *Правни информатор* 6/2015, 2.

[28] Закон о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/92, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 11/05, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 98/08 и 12/10, Увод, ст. 3.

[29] *Ibid.*, чл. 5 и чл. 9, ст. 2

Осим тих конвенција, требало би поменути и препоруке, мишљења и смернице међународних организација (на пример, Међународне организација рада). Иако претежно саветодавни, ти акти су значајни у свеобухватном разматрању проблема приватности на раду јер уз анализу проблема из праксе дају корисна упутства за даље поступање.[30]

На нашој територији Устав Републике Србије принципијелно гарантује заштиту података о личности, остављајући даљу регулативу те области законима.[31] Српски закони не регулишу посебно приватност запослених као такву, већ се на запослене сходно примењују општа правила о праву на приватност и заштити података о личности, што додатно усложава то питање у специфичном радноправном оквиру. Иако Закон о раду поставља основе радног односа, законодавац није препознао потребу детаљнијег регулисања питања права на приватност, те се само тог проблема дотиче у неколико одредаба, које се, на пример, односе на гаранцију права запосленог да изврши увид у своје личне податке и по потреби захтева њихово брисање (члан 83), на забрану послодавцу да од кандидата захтева податке о доказе који нису од непосредног значаја за обављање послова (члан 26), те индиректно, на заштиту одређених добара из сфере приватног живота (личног интегритета, достојанства итд.).[32] Међутим, како та правила више представљају начела него јасне практичне смернице, највећи број проблема у погледу приватности запослених остаје ван фокуса Закона о раду.

Стога је кључни пропис за анализу заштите приватности запослених у Србији Закон о заштити података о личности[33] (ЗЗПЛ). У том закону се под податком о личности сматра свака информација која се односи на физичко лице (без обзира на њен облик, носач информације, начин настанка, сазнања итд.), а под обрадом података свака радња која се предузима у вези са таквим подацима (на пример, прикупљање, претраживање, коришћење, чување, бележење итд.). Недвосмислено је стога да у радном односу послодавци аутоматски или полуаутоматски прикупљају најразличитије податке о запосленима, чиме *de facto* обрађују податке о личности. Стога су послодавци дужни да примењују законске захтеве обраде према ЗППЛ: обрада мора бити законита (на основу писане сагласности или

[30] Детаљније вид. С. Јашаревић, 76–81; Љ. Ковачевић, „Прикупљање и коришћење података о личности као радноправни проблем“, *Социјална права и европске интеграције*, зборник радова са Саветовања правника (ур. Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић), Београд 2011.

[31] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, чл. 42

[32] Закон о раду, чл. 26, чл. 83 и чл. 12

[33] Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 104/09 – др. закон, 68/12 – одлука УС и 107/12.

закона),[34] мора се вршити за одређену сврху, сврха мора бити јасна, неизмењена и дозвољена, начин обраде дозвољен, подаци сразмерни и ажурни итд.[35]

Проблем у примени тих правила није само у слабој обавештености послодаваца и запослених, већ и у нејасним и недореченим одредбама ЗЗПЛ, које се могу различито тумачити.[36] Мањак релевантне судске праксе додатно отежава примену законских правила, па је за питање заштите приватности запослених значајна активност повереника. Узевши у обзир врло штур и начелан правни оквир, повереник је у тумачењу и примени одредаба ЗЗПЛ прихватио неке практичне смернице развијене у другим јурисдикцијама, као што су:

1) принцип рестриктивности обраде података,
2) принцип изузетности – задирање у приватност запосленог на радном месту могуће је искључиво ако је приватност у колизији са неким другим уставним правом, које у конкретном случају превлада,[37] као и
3) стандард разумног очекивања приватности[38] – узевши у обзир праксу Европског суда која запосленима гарантује одређени ниво приватности на радном месту.

За то разматрање је нарочито интересантно ослањање повереника на принцип разумно очекиване приватности. Тај стандард није дефинисан ни у једном правном пропису (националном или међународном) већ је искључиво продукт праксе. Идеја разумно очекиване приватности је најпре развијена у оквирима судске праксе Сједињених Америчких Држава (САД) средином XX века,

[34] Закон о евиденцијама у области рада, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени гласник РС*, бр. 101/05 – др. закон, 36/09 – др. закон, обавезује послодавце да воде евиденције о запосленима у којима се налазе лични подаци као што су пол, матични број, место рођења и рада итд.

[35] ЗЗПЛ, чл. 8

[36] Р. Шабић, „Зашто нам треба нови закон о заштити података о личности", *http://www.poverenik.rs/sr/model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 1. фебруар 2017. Повереник је најпре развио свој модел новог закона, а накнадно се појавио и нацрт Министарства правде, али још ниједан радни нацрт није прихваћен. У марту ове године повереник је објавио сада најновији предлог у овом погледу: Р. Шабић, „Нов модел закона о заштити података о личности", *http://www.poverenik.org.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2554-nov-model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 23. март 2017.

[37] Наташа Пирц Мусар, *Водич кроз Закон о заштити података о личности*, Београд 2009, 105.

[38] Р. Шабић, „И на послу мора постојати 'разумно очекивана приватност'", *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/1669-i-na-poslu-mora-postojati-razumno-ocekivana-privatnost.html*, 23. март 2017.

да би касније била извршена специфична рецепција тог стандарда у европској пракси.

4. РАЗУМНО ОЧЕКИВАНА ПРИВАТНОСТ

Развој стандарда разумно очекиване приватности запослених у САД директна је последица схватања радног односа као односа који се заснива на економској моћи послодавца.[39] Према том схватању, „пошто су послодавци власници средстава рада, могу и да по сопственој жељи надзиру“.[40] У ситуацији велике понуде радне снаге на тржишту и флуктуације запослених, идеја да запослени на радном месту имају неко право на приватност прилично је потиснута у корист економских интереса послодавца.

Пракса САД развила је стандард разумно очекиване приватности полазећи од тумачења IV амандмана Устава САД, који говори о неовлашћеном претресу и одузимању ствари појединаца. Бавећи се питањем неовлашћеног прислушкивања грађана у контексту тог амандмана, судови САД су средином XX века формулисали правило да се приватност појединца може заштитити ако је појединац испољио стварно (субјективно) очекивање приватности и ако је његово очекивање такво да је друштво спремно да га призна као „разумно“.[41] Сходно томе, само би „неразумни претреси“ у ситуацији када појединац има „разумно очекивање приватности“ били недозвољени и неуставни.[42] Пракса САД је касније проширила примену тог правног стандарда приватности и на односе запослених и послодаваца, без већих модификација.[43]

Одговор на питање шта су разумна очекивања приватности на радном месту у САД зависи од две групе фактора: 1) објективних очекивања друштва (тј. да ли би друштво у начелу очекивало приватност у некој ситуацији) и 2) субјективних очекивања у одређеном радном односу (да ли би конкретан запослени код конкретног послодавца могао да очекује одређени степен приват-

[39] Michael L. Rustad, Sandra R. Paulsson, „Monitoring Employee E-Mail and Internet Usage: Avoiding the Omniscient Electronic Sweatshop: Insights from Europe“, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law* 7/2005, 832–833.

[40] Charles Morgan, „Employer Monitoring of Employee Electronic Mail and Internet Use“, *McGill Law Journal* 44/1999, 849.

[41] Пресуда *Katz v. United States*, U.S. Supreme Court, 389 U.S. 347 (1967), 18. децембар 1967.

[42] C. Morgan, 866.

[43] Пресуда *Michael A. Smyth v. The Pillsbury Company*, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, C. A. NO. 95–5712, 23. јануар 1996.

ности).[44] При томе, сматра се да субјективни елемент има већи значај у пракси, тако да чак и у ситуацијама када би чланови друштва очекивали одређени ниво приватности – на пример, да не постоји видео-надзор у тоалету, уколико је у конкретном радном односу запослени обавештен о томе да су све просторије под видео-надзором, запослени не може имати разумно очекивање приватности. Самим тим, запослени који не може имати разумна очекивања приватности не може да оствари ни заштиту приватности на радном месту.[45] Такво тумачење омогућава послодавцима да доношењем интерних политика о нултој приватности на радном месту потпуно ускрате запосленима било какву приватну сферу. Изузеци када се разумно очекивање приватности у САД тумачи независно од правила послодавца врло су лимитирани. На пример, Врховни суд Њу Џерсија потврдио је да постоји разумно очекивање приватности директно на основу закона у случају када је запослени користио компјутер послодавца ради слања приватног мејла адвокату – акценат одлуке овде је био на законом заштићеној поверљивости комуникације са адвокатом која има примат над правилима послодавца.[46] Међутим, тај став није апсолутно прихваћен од других судова САД[47] те се својински концепт приватности у САД и даље посматра као правило у радним односима.

Тај начин тумачења стандарда разумних очекивања приватности у САД трпи критике већ неко време, те се јављају аутори који се залажу за прихватање европског тумачења приватности у САД. [48]

У европској пракси се полази од дијаметрално супротног приступа – од идеје приватности као људског права, гарантованог и заштићеног међународним конвенцијама и националним законодавствима.[49] Тај принцип се не напушта уласком у радни однос, већ се приватност на радном месту посматра само као манифестација

44 Avner Levin, „Is There a Global Approach to Workplace Privacy?“, *Surveillance, Privacy, and the Globalization of personal information: international comparisons* (eds. E. Curik, E. Smit, L. Harling Staker, D. Lijon), Montreal 2010, 329.

45 *Ibid*.

46 Пресуда *Stengart v. Loving Care Agency Inc LCA*, Supreme Court of New Jersey, 408 N. J. Super. 54, 973 A. 2d 390, 30. март 2010.

47 Пресуда *Holmes v. Petrovich Development Company LLC*, California Court of Appeal Cases, C059133, 13. јануар 2011. Суд сматра да, ако је за комуникацију са адвокатом коришћен пословни а не приватни мејл, разумних очекивања приватности не може бити.

48 A. Levin, 329; M. L. Rustad, S. R. Paulsson, 829.

49 Универзална декларација о људским правима чл. 12, Међународни пакт о грађанским и политичким правима чл. 17, ЕКЉП чл. 8, Устав Републике Србије, чл. 60

људског достојанства и слободе.[50] Вредност која стоји иза идеје људског достојанства јесте идеја о људском субјективитету, која подразумева једнакост са другима и слободу од других.[51] Посматрано кроз ту призму, агресивни упади послодавца у сферу приватности запослених какви се дешавају у САД у Европи би се сматрали безобзирним нападом на личност запослених. Запослени које послодавац константно и апсолутно контролише и којима не дозвољава било какво испољавање приватног живота сведени су само на средства рада, не могу се сматрати самосталним, слободним индивидуама и угрожено им је људско достојанство.

За боље разумевање овакве идеје приватности значајне су пресуде Европског суда за људска права (Европски суд), на које се, у недостатку развијене домаће праксе, реферира и наш повереник. При томе је за нашу анализу кључно да Европски суд примењује амерички стандард разумно очекиване приватности полазећи од постојећих конвенција о људским правима, иако је тај стандард развијен у потпуно другачијем друштвеном и правном контексту од европског. Због те разлике у полазним поставкама поменути стандард у пракси Европског суда трпи модификације у односу на полазну идеју.

Конкретно, Европски суд се бавио питањем приватности запослених на радном месту у више наврата, од којих су можда најпознатији случајеви *Халфорд против Уједињеног Краљевства*[52] и *Копланд против Уједињеног Краљевства*.[53]

У случају *Халфорд против Уједињеног Краљевства* послодавац је, без знања запослене, прислушкивао њене телефонске разговоре на радном месту. Одбрана је тврдила да запослена није могла имати разумно очекивање приватности у погледу коришћења телефона на радном месту и да је послодавац принципијелно слободан да без знања запосленог надзире телефонске разговоре уколико запослени користе телефоне послодавца. Међутим, Европски суд је нашао да су телефонски разговори из просторија послодавца нужно покривени термином „приватни живот" који штити ЕКЉП, те да је запослена могла имати разумно очекивање приватности и да ужива право на заштиту.

---

[50] Olivier De Schutter, „La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 54/2003, 629; M. L. Rustad, S. R. Paulsson, 863; Glensy D. Rex, „The Right to Dignity", *Columbia Human Rights Law Review* 43/2011, 129.

[51] Душка Франета, *Људско достојанство као правна вредност*, Београд 2015, 233.

[52] Пресуда *Halford v. the United Kingdom*, Европски суд за људска права, 20605/92, 25. јун 1997.

[53] Пресуда *Copland v. the United Kingdom*, Европски суд за људска права, 62617/00, 3. април 2007.

Сличан став Европски суд је заузео и у случају *Копланд против Уједињеног Краљевства*, у коме је послодавац без знања запослене надзирао телефонске разговоре, мејл комуникацију и коришћење интернета. Послодавац се бранио тврдњом да је такво прикупљање података оправдано ради заштите имовинских интереса, али Европски суд је и овде потврдио да су телефонски разговори из пословних просторија, мејл комуникација и коришћење интернета *prima facie* приватни живот, те да је запослена имала разумно очекивање приватности. Иначе, у случају Копланд суд је предочио да надзор запослених није апсолутно искључен и да некад може бити неопходан у демократском друштву, у одређеним ситуацијама када се тежи легитимном циљу. Међутим, суд није дао даље разјашњење које би то биле ситуације кад је надзор неопходан.

Та могућност је више истражена у каснијем случају *Барбулеску против Румуније*, о којем је доста дискутовано.[54] У том случају запослени је, на захтев послодавца, користио апликацију *Yahoo Messenger* за комуникацију са клијентима. Послодавац је, без знања запосленог, вршио надзор над коришћењем те апликације и утврдио да је запослени користи и за приватну комуникацију, због чега је добио отказ. Суд је нашао да овде нема кршења приватности, образложивши: да је у конкретном случају претрага послодавца била ограничена у обиму (искључиво се односила на апликацију); пропорционална – с обзиром на интерес послодавца да потврди да запослени обавља послове свог радног места у радно време. Такође је наглашено да је овде постигнута равнотежа између права на приватност и интереса послодавца, из чега се може закључити да запослени није могао да има разумна очекивања приватности у погледу те комуникације.[55]

Случај Барбулеску је изазвао бројне дискусије у медијима, где је протумачен као одступање од праксе Европског суда које даје одрешене руке послодавцу да крши приватност запослених. Ипак, такви прикази занемарују битну разлику у чињеницама случаја.

За разлику од ранијих случајева у којима је послодавац намеравао или у најбољем случају пристајао на могућност да приступи приватним подацима запосленог, у случају Барбулеску послодавац је вршио надзор полазећи од очекивања да увидом у апликацију приступа искључиво пословним подацима. Даље, у претходним

[54] Пресуда *Bărbulescu v. Romania*, Европски суд за људска права, 61496/08, 12. јануар 2016.

[55] У тој пресуди је занимљиво издвојено мишљење судије Пинта де Албукерке (Pinto de Albuquerque), који заступа идеју слободног приступа интернету као новог људског права, привилегованог облика комуникације који не може никада бити потпуно забрањен. Такође, износи став да тежња за максималном продуктивношћу запослених не оправдава послодавца да надзире рад запослених на наведени начин.

случајевима је било очекивано или толерисано да се имовина послодавца користи у приватне сврхе, док је запослени био изричито обавештен да се конкретна апликација користи искључиво у пословне сврхе. Коначно, у случају Барбулеску је установљена директна веза између коришћења апликације и радних обавеза запосленог, што је изостало у ранијим случајевима. Све те околности чине да се овде не може говорити о постојању разумно очекиване приватности запосленог при коришћењу спорне апликације.

Претходна анализа указује на то да је у пракси судова САД и Европског суда правни стандард разумно очекиване приватности имао вишеструку улогу: попунио је правне празнине прописа САД, омогућио је тумачење постојећих правила ЕКЉП пред Европским судом, служио је као кључан аргумент у судском одлучивању на оба континента, те је установио праксу за будуће случајеве. Осим тога, поменути стандард тежи да буде прихваћен и ван тих судова, што је очигледно и летимичним увидом у праксу нашег повереника, који се изричито залаже за примену стандарда разумно очекиване приватности у одлучивању (према европском моделу).

Тај правни стандард се очигледно мења у времену (узевши у обзир његов развој у пракси САД), али и у простору и контексту. Конкретно, док је у САД начелно прихватљиво да приватност запослених буде највећим делом искључена, Европски суд приватни живот не ограничава само на унутрашњи, лични круг, већ очекује да тај појам обухвати и друге облике развијања односа са другим људским бићима. То укључује и област радних односа, и то нарочито у ситуацији када је тешко разграничити приватно и пословно на радном месту.[56] Због тога је на тлу Европе прихватљиво једино делимично ограничење приватности када постоји оправдани интерес послодавца који превагне у конкретном случају, и то само у мери у којој превагне.[57] Из тога произилази да запослени у Европи разумно очекују да послодавац поштује њихова гарантована људска права и у оквирима радног односа, док запослени у САД разумно очекују да је њихова приватност на радном месту редовно знатно више ограничена.[58]

Уз то, из праксе Европског суда јасно произилази да коришћење принципа разумно очекиване приватности помаже у балансирању супротстављених интереса запосленог и послодавца и одређивању границе њихових права.[59] Такво коришћење правног стандарда

[56] Пресуда *Niemietz v. Germany*, Европски суд за људска права, 13710/88, 16. децембар 1992.

[57] Б. Живковић, 4 – овај домаћи аутор такође разматра „допуштену повреду" права у случају постојања претежног интереса који треба штитити.

[58] M. Rustad, S. Paulsson, 903.

[59] Вид. пресуда *Bărbulescu v. Romania*.

омогућава да право запосленог на приватност заиста буде остварено у највећој могућој мери с обзиром на све околности конкретног случаја – што Роберт Алекси (*Robert Alexy*) управо истиче као једну од најважнијих функција правних принципа у пракси.[60]

4.1. Могуће смернице

Анализирајући праксу Европског суда, видимо да је суд у примени стандарда разумно очекиване приватности у сваком конкретном случају испитивао да ли постоје одређена интерна правила послодавца којима се регулише граница пословног и приватног у конкретном радном односу. Управо разматрајући да ли је запослени био (или могао бити) информисан о евентуалним ограничењима, суд је утврђивао да ли су очекивања запосленог у сваком појединачном случају била реална или не. При томе је за суд битна и сврха тих ограничења, која мора бити довољно легитимна и повезана са радним односом да би била прихваћена. На основу тих параметара суд је практично утврђивао да ли је запослени у конкретном случају могао реално да очекује одређени степен приватности на радном месту или не.

Та анализа је показала да је управо једна *differentia specifica* у случајевима Халфорд и Копланд у односу на случај Барбулеску та што је послодавац само у последњем случају имао јасно постављена правила поступања која су искључивала приватну употребу једног конкретног средства рада, што је коначно утицало на одлуку суда у корист послодавца.[61]

Стога сматрамо да би, у ситуацији нејасних законских одредаба и неразвијене домаће праксе, доношење интерних аката послодавца могло бити веома корисно за јасније разграничење права и обавеза запослених и послодаваца у конкретном радном односу.

Не постоји идеална формула добрих правила која би била прихватљива за све јер разумно очекивање приватности зависи од околности конкретног случаја. Ипак, увек би требало почети од принципа да „иако приватност на радном месту мора бити битно смањена, ипак никад не престаје у потпуности да постоји“.[62] Узевши у обзир то правило, интерни акти послодавца би требало да предвиде најчешће ситуације у којима постоји потреба или могућност да послодавац дође до података о личности запосленог, као и очекивања од запосленог и послодавца у таквим околностима, уз гаранцију

[60] Robert Alexy, „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014, 52.

[61] Вид. пресуда *Bărbulescu v. Romania.*

[62] Р. Шабић, „Полиграфско испитивање – недозвољена обрада личних података“, *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2403-poligrafsko-ispitivanje-nedozvoljena-obrada-licnih-podataka.html*, 23. март 2017.

законитог поступања. Тим актима се не може забранити свака манифестација приватности, али се могу регулисати специфични аспекти радног односа у којима се најчешће преплиће приватно и пословно (на пример, коришћење телефона послодавца у приватне сврхе, коришћење одређених социјалних мрежа или апликација за комуникацију итд.).

Тај приступ би омогућио запосленима да буду правовремено и адекватно информисани о могућим ризицима и проблемима очувања приватности на раду, чиме би требало да се повећа свест и смање проблеми. Крајњи циљ је одржив и реалан оквир за разумна очекивања запослених у конкретном радном односу.

При томе се мора нужно водити рачуна о правилима ЗЗПЛ у погледу обраде података јер та документа треба само да послуже као додатни, помоћни механизам у примени закона а никако као полигон за злоупотребе.

5. ЗАКЉУЧАК

Концепт права на приватност нејасан је и дискутабилан сам по себи. Чињеница да су наши прописи релативно нови и недоречени, пракса органа на почетку, а јавност слабо упозната са идејом заштите приватности, доводи до тога да запослени и послодавци свакодневно улазе у ризик да пређу границу дозвољеног поступања.

У таквом контексту сматрамо да би било од помоћи шире прихватање стандарда разумно очекиване приватности, какво примењује Европски суд. Такав европски стандард укључује опште очекивање друштва да се поштују људска права у радном односу, али и посебно очекивање приватности, зависно од околности конкретног случаја.

С обзиром на развијену базу међународних докумената који гарантују људска права, практично развијање стандарда разумно очекиване приватности значило би давање одговора на питања:

– да ли је запослени информисан о могућем ограничењу приватности у конкретном случају и
– да ли је послодавац ограничења поставио у складу са постојећим прописима, лимитирано, пропорционално и у вези са послом?

У недостатку адекватног информисања запослених, право на приватност је ограничено само у мери у којој то захтевају закони (на пример, обавезни здравствени прегледи), али се ограничење

не простире на нерегулисане области (на пример, питање да ли се службени телефон користи у приватне сврхе), где се мора поћи од гаранција људских права из конвенција.

Такође, незаконито, неоправдано (у обиму и сврси) и паушално одређена ограничења не могу имати заштиту. Право на приватни живот је једно од фундаменталних људских права које се може ускратити само у изузетним ситуацијама, ако и када се утврди други претежни оправдани интерес и то само у мери у којој тај интерес претеже.

За позитивне одговоре на та питања препоручљиво је доношење интерних аката који би поставили оквир очекиване приватности у конкретном радном односу и, идеално, повећали степен свести да и у радном односу човек задржава право на приватни живот.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Article 29 Working Party, Working document on surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace, *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf*, 23. март 2017.

Alexy, R., „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014.

Brey, P., „The Importance of Workplace Privacy“, *The Ethics of Workplace Privacy* (eds. S. O. Hansson, E. Palm), Brisel 2005.

De Schutter, O., „La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 54/2003.

Франета, Д., *Људско достојанство као правна вредност*, Београд 2015. (Franeta, D., *Ljudsko dostojanstvo kao pravna vrednost*, Beograd 2015)

Glensy, D. R., „The Right to Dignity“, *Columbia Human Rights Law Review* 43/2011.

Јашаревић, С., „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву“, *Радно и социјално право* XX, 1/2016. (Jašarević, S., „Nove tendencije u oblasti zaštite ličnih podataka na radu u međunarodnom pravu“, *Radno i socijalno pravo* XX, 1/2016)

Ковачевић, Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013. (Kovačević, Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd 2013)

Ковачевић, Љ., „Прикупљање и коришћење података о личности као радноправни проблем“, *Социјална права и европске интеграције*, зборник радова са Саветовања правника (ур. Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић), Београд 2011. (Kovačević, Lj., „Prikupljanje i korišćenje podataka o ličnosti kao radnopravni problem“, *Socijalna prava i evropske integracije*, zbornik radova sa Savetovanja pravnika (ur. B. Šunderić, B. Lubarda, P. Jovanović), Beograd 2011)

Ковачевић, Љ., „Радни однос и право на поштовање приватног живота“, *Остваривање и заштита социјалних права*, зборник радова са Саветовања правника (ур. Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић), Београд 2010. (Kovačević, Lj., „Radni odnos i pravo na poštovanje privatnog života“, *Ostvarivanje i zaštita socijalnih prava*, zbornik radova sa Savetovanja pravnika (ur. B. Šunderić, B. Lubarda, P. Jovanović), Beograd 2010)

Levin, A., „Is There a Global Approach to Workplace Privacy?“, *Surveillance, Privacy, and the Globalization of personal information: international comparisons* (eds. E. Zureik, E. Smith, L. Harling Stalker, D. Lyon), Montreal 2010.

Mantouvalou, V., „Life after Work: Privacy and Dismissal“, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 5/2008, 1–28.

Марковић, Б. С., *Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права*, Београд 1995. (Marković, B. S., *Ogled o odnosima između pojma pravde i razvitka pozitivnog privatnog prava*, Beograd 1995)

Morgan, C., „Employer Monitoring of Employee Electronic Mail and Internet Use“, *McGill Law Journal* 44/1999.

Onn, Y. *et al.*, *Privacy in the Digital Environment*, Haifa 2005.

Пирц Мусар, Н., *Водич кроз Закон о заштити података о личности*, Београд 2009. (Pirc Musar, N., *Vodič kroz Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*, Beograd 2009)

Rustad, M. L., Paulsson S. R., „Monitoring Employee E-Mail and Internet Usage: Avoiding the Omniscient Electronic Sweatshop: Insights from Europe“, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law* 7/2005.

Solove, D. J., *Understanding Privacy*, Cambridge 2008.

Шабић Р., „И на послу мора постојати ‘разумно очекивана приватност’“, *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/1669-i-na-poslu-mora-postojati-razumno-ocekivana-privatnost.html*, 23. март 2017. (Šabić R., „I na poslu mora postojati ‘razumno očekivana privatnost’“, *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-*

aktuelnosti/1669-i-na-poslu-mora-postojati-razumno-ocekivana-privatnost.html, 23. mart 2017)

Шабић Р., „Питања и одговори", *http://www.poverenik.rs/sr/pitanja-i-odgovori/1596-pitanja-i-odgovori.html*, 23. март 2017. (Šabić R., „Pitanja i odgovori", *http://www.poverenik.rs/sr/pitanja-i-odgovori/1596-pitanja-i-odgovori.html,* 23. mart 2017)

Шабић, Р., „Полиграфско испитивање – недозвољена обрада личних података", *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2403-poligrafsko-ispitivanje-nedozvoljena-obrada-licnih-podataka.html*, 23. март 2017. (Šabić, R., „Poligrafsko ispitivanje – nedozvoljena obrada ličnih podataka", *http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2403-poligrafsko-ispitivanje-nedozvoljena-obrada-licnih-podataka.html*, 23. mart 2017)

Шабић, Р., „Зашто нам треба нови закон о заштити података о личности", *http://www.poverenik.rs/sr/model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 1. фебруар 2017. (Šabić, R., „Zašto nam treba novi zakon o zaštiti podataka o ličnosti", *http://www.poverenik.rs/sr/model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 1. februar 2017)

Шабић, Р., „Нов модел закона о заштити података о личности", *http://www.poverenik.org.rs/sr/ saopstenja-i-aktuelnosti/2554-nov-model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 23. март 2017. (Šabić, R., „Nov model zakona o zaštiti podataka o ličnosti", *http://www.poverenik.org.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2554-nov-model-zakona-o-zastiti-podataka-o-licnosti.html*, 23. mart 2017)

Thomson, J. J., „The Right to Privacy", *Philosophy and Public Affairs* IV, 4/1975.

Живковић, Б. „Право на приватност запосленог и видео надзор", *Правни информатор* 6/2015. (Živković, B. „Pravo na privatnost zaposlenog i video nadzor", *Pravni informator* 6/2015)

Warren, S. D., Brandeis, L. D, „The Right to Privacy", *Harvard Law Review* IV, 5/1890.

Jelena Danilović

PhD student
University of Belgrade, Faculty of Law

THE RIGHT TO PRIVACY AT WORK

Summary

This paper discusses employees' right to privacy at work at the beginning of XXI century in Serbia and its relation to international regulations and practice. The right to privacy at work, in the context of this analysis, is considered as the right to protect employee's personal data from employer's improper intrusion. The first part of the paper provides overview of theories on privacy right as well as current data protection legal framework. This section shows that the concept of privacy changed significantly during the history and that development of data protection legislation, though intense, did not clarify some of the main ambiguities linked to this concept. Especially in Serbia, where data protection regulation is relatively new and practice rudimentary, there are many queries linked to the issue of privacy at work. The second part of the paper analyses in more details origins and importance of privacy legal standard established in the international practice – the „reasonable expectations of privacy". Understanding of this legal standard and especially its influence to recent court practice of the European Court of Human Rights is important for comprehension of employee's right to privacy. In-depth analysis shows that this standard includes an external element (privacy expected by the society) and internal element (privacy expected within the specific employer). While there are conceptual differences between the USA and European practice, the internal element of this legal standard in both cases has a major influence in the employment privacy disputes. Finally, the paper proposes that enacting of internal privacy policies, with full respect of data protection regulations, could provide for viable reasonable expectations of privacy at work. This may eventually lead to easier distinction of the fine line between employee's privacy and employer's interests.

Key words: *Right to privacy. – Employment. – Personal data.*

Article history:
Received: 23. 3. 2017.
Accepted: 12. 6. 2017.

ПРИКАЗИ

Лидија Живковић[*]

William N. Goetzmann, *Money Changes Everything – How Finance Made Civilization Possible*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2016, 584

Скоро деценију од почетка глобалне финансијске кризе, сведоци смо снажне негативне конотације коју финансијске институције и услуге буде у мислима не само обичног, већ и академског света. Дело Вилијама Гецмана, професора финансија на Универзитету Јејл (*Yale University*), представља у том смислу добродошло освежење јер, као што се из наслова наслућује, разматра улогу финансија у позитивном маниру. Оно се бави најзначајнијим епизодама у развоју финансија у периоду од пет миленијума – од настанка месопотамских градова до глобалне финансијске кризе која је изненадила свет 2008. године.

У уводном делу аутор, позивајући се на научни рад свог оца, објашњава разлику између култура, с једне стране, и цивилизација, с друге стране. За разлику од култура које имају тенденцију да буду искључиве, чак племенске, цивилизације су отворене за нове обичаје и идеје.[1] Аутор наводи да је развој финансија био подстакнут захтевима економске и социјалне комплексности цивилизација. „Финансијска технологија“, објашњава Гецман, „омогућила је настанак сложенијих политичких институција, повећала друштвену мобилност и привредни раст...“. Дакле, Гецман, с једне стране, посматра финансије као специфичну алатку у рукама различитих цивилизација, која је омогућавала да се на најразличитије начине обликују међуљудски односи, док, с друге стране, види финансије као кључни фактор у развоју цивилизација. За њега су финансије технологија цивилизације – начин размишљања и поступања који је омогућио изградњу данашњег цивилизованог живота.

---

[*] Ауторка је студент последипломских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *lidija.zhivkovic@gmail.com*

[1] Вилијам Х. Гецман (*William H. Goetzmann*) био је амерички историчар и професор емеритус на Тексашком универзитету у Остину, добитник Пулицерове награде за дело у којем се бавио истраживањем америчког запада током XIX века.

Гецман у четири поглавља разматра питање еволуције финансија тако што приказује доприносе различитих цивилизација изградњи финансијског система какав данас познајемо и издваја догађаје у светској историји на које су финансије имале одлучујући утицај.

У првом поглављу – „Од клинастог писма до класичне цивилизације" – најпре се приказује паралелан развој финансија и првих градова на Блиском истоку. Аутор одмах успева да заинтересује читаоца тврдњом да клинасто писмо није настало да би се њиме писала поезија, већ за потребе рачуноводства и пословања. Глинене таблице коришћене су првобитно, сматра аутор, у контексту финансијских услуга, за записивање привредних трансакција.

Поред тога што су утицале на настанак првог писма, финансијске иновације су заслужне, сматра аутор, и за наше данашње поимање времена. За Гецмана, финансије суштински представљају машину за путовање кроз време. Оне су скуп идеја и поступака које нам омогућавају да преносимо економску вредност из садашњости у будућност и *vice versa*. Откриће временске димензије вредности у Месопотамији омогућило је сасвим нов начин размишљања – „третирање прошлих, садашњих и будућих вредности као подједнако конкретних". Притом, наводи аутор, време није посматрано само као димензија, већ као роба чија се вредност изражавала каматом. Он објашњава да су Сумери одвојили астрономско рачунање времена од рачунања времена за потребе привреде, тако што су годину, уместо на 365, поделили на 360 дана. Тиме је олакшан обрачун камате – вероватно најзначајније иновације месопотамских финансија.

Да би објаснио ниво развијености финансија у античкој Грчкој, аутор користи говоре славног оратора Демостена, који је често пред судом и поротом заступао интересе једне од странака у спору. Цитирајући поједине живописне одломке из Демостенових говора, он закључује да је Атињане одликовао изузетан ниво финансијске писмености. Такав закључак аутор доноси на основу чињенице да се од чланова пороте, која је била сачињена од обичних грађана, очекивало да прате и разумеју компликоване финансијске трансакције које су биле предмет спорова. Ипак, он ничим не поткрепљује претпоставку да су поротници заиста и успевали да проникну у суштину представљених трансакција.

Гецман иде чак толико далеко да без убедљиве аргументације закључује да је управо финансијска писменост била корен атинске демократије. Уз то, он се на наведену тврдњу надовезује приклањајући се идеји да је монетизација Атине довела до апстрактног мишљења.[2]

[2] Реч је о идеји коју је изнео Ричард Сифорд (*Richard Seaford*), професор емеритус на Универзитету у Ексетеру, у делу *Money and the Early Greek Mind.*

Иако је та идеја привлачна за аутора имајући у виду полазну премису да су финансије дале кључни допринос развоју цивилизација, чини се да би апстрактно мишљење морало бити услов, а не последица монетизације. Свођење богатства атинског апстрактног мишљења на новац свакако је неубедљиво.

Стари Рим, истиче Гецман, задужио је свет финансија изумом *societas publicanorum* – претечама модерних акционарских друштава, која су, што је била новина у односу на дотадашња *societas* (ортаклук), имала засебну правну личност и могла су неограничено да трају. Она су омогућила једноставније финансирање војних подухвата и спровођење инфраструктурних радова.

Посебно је занимљива епизода о финансијској кризи узрокованој хипотекарним кредитима у I веку нове ере. Аутор објашњава да је криза ублажена и приватни сектор спасен интервенцијом државе која је употребила механизме сличне онима које је током последње глобалне финансијске кризе искористило Министарство финансија САД (*US Treasury*). Отуда би се могло закључити да финансијске институције одређују карактеристике финансијских криза и методе њиховог ублажавања. Аутор закључује, можда мало једнострано, да се Рим, под чијом влашћу је на врхунцу његове моћи живео значајан део светске популације, развио у царство управо захваљујући напредној финансијској технологији којом се служио.

У другом поглављу – „Финансијска заоставштина Кине“ – разматрају се фактори који су утицали на то да се финансије у древној и средњовековној Кини развијају битно другачије него у Европи. „Финансијске иновације су“, наводи аутор, „низ случајности у историји – хир времена, места и прилике“. Отуда не постоји никакав неминован пут развоја који би за последицу имао настанак истих финансијских институција, без обзира на околности.

За разлику од финансијских иновација које су настајале у Европи, иновације у Кини чешће су биле прилагођене потребама државе него појединца. Како би се на окупу одржао политички ентитет огромног пространства сачињен од бројних различитих култура, било је неопходно да постоји комплексна и добро организована бирократија. Кину је посебно одликовала значајна улога државе у предузетништву. Власти су редовно преузимале од приватних предузетника пословне прилике и формирале државне монополе са циљем увећања буџетских прихода. Задржавање профита у рукама државе онемогућило је, објашњава аутор, настанак снажне класе трговаца, каква је постојала у средњовековној Европи.

У трећем делу Гецман развија идеју да је распарчаност средњовековне Европе на политички слабе градове-државе, који су једни

другима међусобно конкурисали и често били у сукобу, подстакла бројне различите и унеколико независне финансијске експерименте.

Једна од епизода у развоју финансија које је аутор најживописније приказао јесте настанак првих међународних финансијских институција – еволуцијом испрва манастирског реда Темплара у финансијске посреднике, који су обезбеђивали сигуран трансфер новца ходочасника из Европе у Свету земљу. Управо та и сличне сликовите епизоде освежавају и чине привлачним ово штиво.

Аутор и на примеру изума државних обвезница осликава разлику између развоја финансија у Кини и Европи, овога пута у средњем веку. Како би финансирала флоту у рату са Византијом, Венеција је издала прве државне обвезнице, чиме је започео развој јавних финансија. До таквог изума Кинези нису дошли, што Гецман објашњава постојањем снажне државе којој, за разлику од малих европских градова, није било потребно да се задужује од својих грађана.

Гецман даље води читаоца у трговинске подухвате Европљана у Азији и на пут преко океана у откривање Новог света. Како је у случају прекоокеанских експедиција временски размак између инвестирања и присвајања профита био врло велики, то је подстакло стварање и коришћење нових финансијских инструмената који би омогућили реализацију таквих подухвата. Као кључни механизам за спровођење инвестиција и управљање ризицима искоришћена су акционарска друштва.

Четврти одељак – „Појава глобалних тржишта“ – започиње разматрањем Марксових идеја које су довеле у питање основне принципе на којима се темељила финансијска технологија. Аутор поново враћа читаоца у Кину, а затим га упознаје са развојем финансија у предреволуционарној Русији. Обе државе су крајем XIX века биле сфера интереса европских инвеститора и постепено су прихватале креативне финансијске иновације са запада. Међутим, у првој половини XX века, руководећи се Марксовим идејама, и Русија и Кина одбациле су капиталистичку финансијску технологију и кренуле засебним путем, поларизујући тако свет.

Гецман посвећује значајан део овог одељка доприносу Џона Мајнарда Кејнза (*John Maynard Keynes*) обликовању међународних финансија након Првог светског рата, а посебно се осврће на његово учешће на конференцији у Бретон Вудсу, која је резултирала стварањем новог међународног монетарног система са Међународним монетарним фондом (ММФ) и Светском банком (СБ), пред крај Другог светског рата. Те две институције пружиле су државама, истиче аутор, нове начине за решавање проблема суверених дугова и финансирање значајних пројеката, који нису угрожава-

ли њихов суверенитет. Он објашњава да, захваљујући ММФ-у, више нису морале да се дешавају епизоде каква је била окупација Рурске области са циљем да се Вајмарска република примора да плати ратне репарације или, рецимо, предаја контроле над Суецким каналом у руке Велике Британије због немогућности Египта да измири своје дугове. Међународни монетарни фонд је позајмљивање условљавао обавезом да се у привреди дужника спроведу структурне реформе, које, премда данас трпе критике на рачун ригорозности и ефикасности, не воде ерозији суверенитета дужника на начин на који су то чинили описани раније практиковани начини заштите интереса поверилаца.

Крај књиге посвећен је дискусији о Великој депресији и финансијским иновацијама до којих је она довела. Посебну пажњу аутор посвећује једној од најзначајнијих финансијских новина која је уведена у САД као одговор на последице кризе – националном плану социјалне сигурности, чији највећи део чини пензионо осигурање. Озбиљан изазов који финансијама доноси будућност Гецман види управо у одрживости пензионих система, како у САД, тако и у државама широм света. На примеру Француске револуције објашњава да се ситуације у којима државе не успевају да одговоре на очекивања грађана и не испуњавају финансијске обавезе преузете према њима завршавају „непоправљивом штетом за политички систем као целину“.

Ово обимно дело резултат је двадесетпетогодишњег истраживања аутора и, мада би се на први поглед могло помислити да је у питању свеобухватна историја финансија, то није случај. Суштински, аутор је одабрао да представи само одређене значајније епизоде у еволуцији финансија. Њихов одабир осликава његово лично интересовање, што се, рецимо, види у детаљном и обимном приказу кинеских финансија. У том смислу, читаоцу може засметати што се поједини одељци не надовезују нужно на претходне, осим што им хронолошки следе.

Иако је у питању историјски приказ препун детаља и информација и премда тематика финансија може бити релативно неразумљива читаоцу који не влада материјом, аутор се служио приступачним и сликовитим језиком, што књигу може учинити привлачном широј читалачкој публици.

Водећи историчар финансија данашњице објашњава да се финансије, као и свака друга технологија, могу користити за остваривање добрих, али и лоших циљева. Као једну од мрачних епизода чију је реализацију омогућила финансијска технологија аутор описује трансатлантску трговину робовима. Премда наводи да је то један од „најстрашнијих грехова човечанства“, он се не упушта у

подробније разматрање негативних последица тог, а ни других подухвата које су омогућиле финансије, због чега му се може замерити пристрасност. Чини се да аутор бира да се темељно позабави само оним историјским епизодама које иду у прилог његовој идеји о кључној улози финансија у напретку цивилизација.

Премда на самом почетку књиге аутор упућује читаоца на то да је реч о делу које обухвата еволуцију финансијских технологија до глобалне финансијске кризе 2008. године, чињеница је да се не упушта у дубљу дискусију итекако занимљивих епизода у развоју финансија у последњих пола века, што оставља одређену дозу разочарања како се читалац приближава крају књиге.

Квалитет књиге је у томе што, осим тога што читаоцу пружа сликовито и информативно путовање кроз историју из угла финансија, указује на незаменљиву улогу финансија у нашој свакодневници, приказујући начине на који је оне унапређују. Гецману се може одати признање што се, у време крајње непопуларности финансијских институција и финансијске струке уопште, прихватио посла да стане у њихову одбрану и то учинио са пуно жара.

Ипак, за крај, највећа замерка која се аутору може упутити јесте помало натегнут покушај да скоро сваки цивилизацијски напредак веже за финансије. Мада то књигу чини интересантном и узбудљивом, може се довести у питање уверљивост многих изнетих закључака. Јасно је да се многи научници из области којом се аутор бави али и из других сфера, не би могли сложити са основном идејом овог дела да цивилизације за свој развој имају да захвале финансијама. Такво неутемељено давање централне улоге финансијама у свеукупном развоју цивилизација није прихватљиво.

Article history:
Received: 21. 3. 2017.
Accepted: 4. 4. 2017.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на *http://ojs.ius.bg.ac.rs/*.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максималан обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти, која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт Times New Roman 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12) итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Рок за достављање радова за први број часописа је 1. април, док је рок за објављивање првог броја крај јуна.

Рок за достављање радова за други број часописа је 30. јун, док је рок за објављивање другог броја крај септембра.

Рок за достављање радова за трећи број, међународно издање, је 30. септембар, док је рок за објављивање трећег броја крај календарске године.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, приликом поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. пишу се курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e. asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Три пута годишње. – Од 2011. преузима енгл. изд.: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514